ELEMENTI

DI

DIRITTO PENALE

PER

ENRICO PESSINA

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO PENALE
NELLA REGIA UNIVERSITÀ DI NAPOLI

(Seconda Edizione)

VOLUME I.

NAPOLI
PRESSO GIUSEPPE MARGHIERI EDITORE
Via Roma già Toledo 346 | Strada Monteoliveto 37
1871.

IL CODICE

DI

PROCEDURA CIVILE

DEL

REGNO D' ITALIA

PER L' AVVOCATO

FRANCESCO SAVERIO GARGIULO

Dell' Ordine Giudiziario

CONTENENTE

**Il testo del Codice, precedute dalle disposizioni transitorie per la sua attuazione.
Il confronto col Codici francese, napoletano, austriaco, parmense, estense, albertino.
I motivi di esso.
Annotazioni secondo i principi della scienza e della giureprudenza,
con applicazione, a norma de' casi, delle Leggi romane, del Dritto canonico, del Codice civile,
del Codice di commercio, della Legge comunale e provinciale,
della Legge sul contenzioso amministrativo, della Legge sui conflitti di attribuzione,
dello Statuto del Regno, del Regolamento generale giudiziario,
dell'Ordinamento giudiziario, delle Leggi sul registro e sul bollo
con le risoluzioni ministeriali
per la registrazione e bollazione degli atti giudiziari ec.,
ed attuazione pratica del testo.**

CONDIZIONI

L' opera sarà compresa in numero di 30 fascicoli circa, in ottavo grande di bella edizione.

Ogni fascicolo sarà di pagine 56 di stampa, e costa Lira Una, franco di posta.

In ogni mese non si farà mancare la pubblicazione almeno di un fascicolo. Il primo fascicolo sarà pubblicato alla fine del corrente mese di gennaio.

Le associazioni si ricevono in Napoli presso Giuseppe Marghieri, strada Monteoliveto n. 37, p. p.

Napoli, gennaio 1870.

Sono pubblicati 12 fascicoli.

ELEMENTI

DI

DIRITTO PENALE

VOLUME I.

ELEMENTI

DI

DIRITTO PENALE

PER

ENRICO PESSINA

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO PENALE
NELLA REGIA UNIVERSITÀ DI NAPOLI.

(Seconda Edizione)

*Justum est malos puniri, quia
per poenam culpa ordinatur.*
Thom. Aqu. Summa c. gentil.
Lib. III, c. 146.

VOLUME I.

NAPOLI
STAMPERIA DELLA REGIA UNIVERSITÀ
1870

INTRODUZIONE

I.

NOZIONI PRELIMINARI SUL DIRITTO PENALE E SULLA SUA COGNIZIONE SCIENTIFICA.

§ 1. Un fatto che, per la sua riproduzione in tutti i luoghi e in tutti i tempi che forman parte del dominio della storia, può dirsi una costante tradizione dell'umana famiglia si è quello della giustizia penale, per cui l'uomo, considerandosi come investito di un sacro mandato, ha sottoposto il suo simile alla efficacia di una punizione, quando il medesimo si è renduto autore di un qualche atto che egli ha considerato come trasgressione delle norme su cui poggiava la vita sociale. Varia è stata la forma in cui questo fatto si è appalesato, nè sempre fu regolato dalle medesime leggi; chè anzi, a guisa delle varie lingue in cui la favella umana si è diramata, ciascuna nazione ha accolto un sistema giuridico accomodato alla sua indole, ai suoi costumi, al suo incivilimento; onde non tutti i popoli han considerato sempre le medesime azioni come delitti, nè sempre le han punite con le medesime pene, nè sempre han tenuto le stesse vie perchè i delitti fossero sottoposti a punizione. Ma per a traverso le varietà dei tempi e dei luoghi un principio comune si è tramandato di nazione in nazione, di età in età, come patrimonio comune dell'umana convivenza, cioè la punizione di quei fatti che sono stati avvisati come infrangimento dell'ordine sociale; e questo principio vi ha generato una serie di regole, un maggiore o minor numero di precetti consecrati o dalle cousuetudini o dalle leggi. La somma di questi precetti relativi alla punizione del delitto fu detta *Diritto Criminale* o

Diritto Penale, secondo che si avvisò il fatto individuale della trasgressione, a cui la punizione viene contrapposta, o il fatto sociale della punizione stessa, come necessaria conseguenza di quel male che nella trasgressione si contiene.

§ 2. Il Diritto criminale o penale è parte di un organismo maggiore, cioè del Diritto; e però vuolsi indagare qual posto occupi esso in quell'organismo. Il Diritto nella sua totalità è la somma di certi dettati che sono imposti agli esseri umani ed in cui si chiude tutto quello che essendo possibile all' umano operare serve come condizione indispensabile all'adempimento della destinazione umana. Esso si divide in molte parti le quali son determinate e dalle varie forme in cui la personalità umana si appalesa (come l'individuo, la famiglia, la nazione, l'Umanità), e da vari uffici che la vita umana dee compiere (come la religione, la scienza, la moralità, l'industria e simili cose). Ma quali che sieno queste parti, ve ne ha una che si rannoda a tutte le altre come il loro essenziale integramento; ed è quella senza dubbio che concerne l'*attuazione del Diritto stesso* come una delle forme essenziali della nostra destinazione, e condizione perchè l'uomo raggiunga tutti gli altri fini della sua esistenza. Questa dicesi *Diritto dello Stato*, inquantochè si avvisa lo Stato come la stessa società umana, che ponendosi come l'organo del Diritto adempie tutto quello, che è in suo potere, per fare che il Diritto regni come un principio inviolabile in tutte le umane attenenze. E se la storia stessa de' popoli ci mostra che costante mezzo per assicurare la signoria del Diritto, quando esso è violato dalle trasgressioni che l'uomo commette dei suoi precetti, si è la *punizione del delitto*, il Diritto Criminale o Penale, è una branca del *Diritto dello Stato*, cioè di quella parte del Diritto, che ha per contenuto le condizioni necessarie della sua stessa attuazione, in quanto sono possibili all'uomo stesso.

§ 3. Il Diritto Penale soggiace poi a duplice partizione, secondo che si avvisi gli elementi dei quali esso si compone, ovvero gli aspetti nei quali debbe essere considerato.

Gli elementi di che il Diritto Penale si compone sono tre. Il primo è quello che rende necessaria la punizione, cioè il *delitto*, la trasgressione dei dettati che formano il contenuto

positivo del Diritto. Il secondo è il rimedio che la società umana suole apportarvi, cioè la *pena*. Ed il terzo è la serie de' mezzi per ottenere che il delitto non isfugga alla punizione e che la punizione cada esclusivamente sul delitto. Le tradizioni stesse della storia per rispetto a questa punizione del delitto, che è la sintesi degli altri due elementi suenunciati, ci additano due momenti: l'uno è quello della formazione delle leggi, e l'altro è quello del procedere perchè le leggi abbian vigore, allorchè il delitto si è avverato. Così formano parte del Diritto Penale: 1) le leggi e gl'instituti della *penalità* — 2) le leggi e gl'instituti del *procedimento penale*. E quest'ultimo si suddivide in procemento giudiciario e procedimento esecutivo: dei quali il primo determina le norme dei giudizi penali, e l'altro le norme relative alla esecuzione dei giudicati.

Gli aspetti poi nei quali il Dritto Penale suole esser considerato sono quei due medesimi aspetti che per tutto il Diritto si appresentano, cioè l'idea ed il fatto. Vi ha un Diritto Criminale superiore a tutti i tempi e a tutti i luoghi, cioè la giustizia punitrice avvisata nella sua essenza ideale, universa, ed immutabile, come l'esemplare degli instituti penali. E vi ha pure un appalesarsi di questo Diritto agli uomiui e per opera degli uomini nei vari tempi e nei vari luoghi, che genera e le varie opinioni sul contenuto del Diritto Penale, e quegli instituti che sendo posti dagli uomini stessi pigliano nome di *Diritto Penale positivo*. Il primo è uno universale ed identico e può dirsi il Diritto penale assoluto. L'altro è molteplice diverso e mutevole, e può dirsi contingente in quanto varia secondo i tempi ed i luoghi. Se non che in questa varietà rilevasi sempre alcun che del Diritto penale assoluto; per modo che il vario rappresenta una progressione ascendente, una serie di incrementi del fatto verso l'idea, e forma pertanto la vita del Diritto Penale nella limitazione dello spazio e del tempo.

§ 4. Il Diritto penale come ciascuna parte dell'organismo del Diritto trovasi in attenenza con tutte le altre; e formando parte integrante del Diritto trovasi pure in legame cou tutte le direzioni della vita individuale e sociale dell'uomo. Questo legame importa: 1) l'efficacia determinatrice che esercitano sovr'esso si

le altre parti del Diritto e sì le varie direzioni della vita umana; 2) la efficacia che di rimando essa esercita su queste e su quelle. Così dall'un canto la determinazione dei vari malefizi, delle pene che possono esser adoperate, e dei modi legittimi perchè il malefizio non isfugga alla punizione e la punizione cada esclusivamente sul malefizio, dipende dalle varie determinazioni contenute nelle diverse sfere del Diritto Pubblico e Privato e dalle varie condizioni della vita umana individuale e sociale. Così d'altro canto il Diritto Criminale impone alcune sue determinazioni nelle altre sfere dell'organismo del Diritto (restringendo per cagion d'esempio lo esercizio di alcuni diritti) e porge il presidio della sua tutela a' precetti giuridici, ed agevola pertanto lo svolgimento dell'attività umana nelle varie direzioni della vita individuale e sociale.

§ 5. La vita del Diritto nel seno dell' Umanità richiede due grandi condizioni al suo perfezionamento, e ciò sono l'*arte* e la *scienza*. L'arte antecede cronologicamente la scienza, ma si migliora col sorgere e col progredire della scienza stessa, a quel medesimo modo onde nella vita economica del genere umano l'arte trasformatrice della Natura ha preceduto la cognizione scientifica di essa, e poscia si è avvantaggiata delle vittorie che ha riportate lo spirito umano col sorgere e col pregredire di una Scienza della Natura. Cosi per il Diritto Penale, non altrimenti che per tutto il Diritto, vi ha un' *arte* ed una *scienza*. L'arte del Diritto è duplice, cioè quella del *jus condere* che è propria del *legislatore*, e quella del *jus dicere* che è propria dello *interpetre* nella scuola o nel foro. I legislatori e gl'interpetri (*artifices juris*) precedono cronologicamente i *juris prudentes;* ma la scienza del Diritto (*juris prudentia*) erompe dal seno della scuola, si solleva a cognizione razionale, e come lume ravvivatore ingenera progressi sì nella formazione delle leggi e sì nella interpetrazione dottrinale o forense delle leggi formate.

§ 6. La scienza del Diritto Penale non consiste nella cognizione empirica delle istituzioni penali di tale o tal altro popolo, perocchè sotto nome di scienza s'intende il più eminente grado del conoscere, cioè l' innalzarsi dello spirito umano mercè le

proprie forze a cogliere l'intima verità delle cose, indagandone le cagioni e i fini supremi. Nè una serie di avvertenze dislegate costituisce un sapere scientifico; bensì richiedesi che le affermazioni tutte le quali formano parte del suo dominio vengano raggruppate in un sistema di principii e di deduzioni, che dia di tutti i pronunciati una dimostrazione razionale mercè l'efficacia di un comune principio fondamentale. Così la *Scienza del Diritto Penale* può diffinirsi *un tutto insieme di veri organicamente e sistematicamente annodati come conseguenze di un solo e medesimo principio intorno alla punizione del maleficio.*

§ 7. La scienza del Diritto Penale si divide in tante parti quanti sono gli elementi di che il Diritto Penale si compone, e gli aspetti, nei quali il medesimo vuol essere avvisato. Sicchè dall'un canto si ha la dottrina del maleficio, la dottrina della pena, e la dottrina della punizione del maleficio; la quale ultima parte comprende la dottrina della legge penale e quella del procedimento penale; che pure va suddivisa in dottrina del giudizio e dottrina della esecuzione dei giudicati. D'altro canto come essa abbraccia i due aspetti del Diritto penale, cioè l'*idea* ed il *fatto*, si ha la *Filosofia del Diritto Penale* e la *Storia del Diritto Penale.* La prima è la investigazione razionale de'principii assoluti della giustizia punitrice. L'altra studia la vita del Diritto Penale, sia come *pensiero scientifico*, sia come *fatto legislativo*, ed è la enunciazione storica dei progressi del Diritto Penale dal punto di vista della scienza e da quello degl'instituti che si contengono nelle legislazioni positive.

§ 8. Ma oltre a queste parti che formano il dominio della scienza pura del Diritto Penale ve ne ha pure due altre da enumerare; le quali sono indispensabile compimento della medesima; perocchè il Diritto non è solo alcun che di teoretico ma è un principio eminentemente pratico della vita individuale e sociale. Queste altre due parti rappresentano l'applicazione della scienza al fatto stesso, ovvero alla vita pratica del Diritto e stanno come anello di concatenamento tra la scienza e l'arte. L'arte del Diritto abbraccia (conforme abbiam veduto) l'ufficio del legislatore e quello dello interpetre. L'applicazione della scienza del Diritto penale all'arte del *jus condere* costituisce quella

disciplina che i moderni penalisti domandano *Politica Criminale*. L'applicazione della scienza del Diritto Penale all' arte del *jus conditum dicere* ingenera quella disciplina che piglia il nome di *Scienza del Diritto Penale positivo*. La prima, valutando le leggi di un dato popolo sì col criterio della scienza e sì con quelle ricerche comparative delle varie legislazioni che formano la così detta *Legislazione Penale comparata*, studia i miglioramenti di che esso abbisognano perchè la legislazione positiva si accosti sempre più all'essenza della giustizia punitrice. L' altra solleva l'esegesi del Diritto positivo dalla umile condizione della glossa e di una empirica interpetrazione al grado di una cognizione scientifica, sì costruendo in un sistema di pronunciati logicamente annodati le istituzioni di un dato popolo, e sì rischiarandole col duplice lume dei risultamenti delle indagini filosofiche e di quelli delle indagini storiche.

§ 9. Finalmente per l'intimo legame che stringe tra loro le varie parti del Diritto, e il Diritto tutto quanto con la vita stessa dell'uomo nel mondo, egli è indubitato che parecchie discipline possono dirsi ausiliarie della scienza del Diritto Penale. Così le varie discipline giuridiche e segnatamente quelle che hanno per materia le varie parti del Diritto Pubblico hanno una importanza non lieve per la soluzione dei problemi penali. E tutte le altre discipline, che concernono la vita dell'Umanità nel mondo, esercitano pure sulla scienza del Diritto Penale la loro efficacia. Onde tornano indispensabili a colui che vuolsi consecrare agli studi penali la *Filosofia* e la *Storia*, l'*Antropologia*, la *Scienza della Natura*, e la *Medicina legale*, l'*Etica*, e l'*Economia sociale*, la *Politica* e la *Statistica*. E i progressi dello spirito umano in tutte queste discipline non possono non arrecare incrementi considerevoli alla scienza del Diritto Penale.

II.

BIBLIOGRAFIA DEL DIRITTO PENALE.

§ 1. **Scrittori antichi.** — Alberto Gandino : *Libellus de maleficiis*. Venet. 1552-1596, in fol.—Jacobi de Arena : *De quaestionibus — De Bannitis*, Trattati pubblicati nella Raccolta del Modio *Rer. Criminal. Tractatus*. Francof. 1587, in fol. — Bonifacii de Vitalinis: *Tractatus super maleficiis*. Lugd. 1551, vol. gr. in fol.— Jacobi de Bellovisio : *Practica judiciaria in materiis criminalibus*. Lugd. Batav. 1515, in 8.; Colon. 1580-1605.—Hyppoliti de Marsiliis : *Practica causarum criminalium*. Lugd. 1529; Colon. 1581, in fol.—Angeli Aretini : *Libellus de maleficiis*. Lugd. 1581, vol. gr. in fol. — Julii Clari : *Sententiarum Lib. V*. Francf. 1590, fol.; Genev. 1739, 2 vol. in fol.—Aegidii Bossii : *Tractatus varii seu quaestiones criminalem materiam sive actionem fere omnem continentes*. Basil. 1578. — Tiberii Deciani : *Tractatus criminales*. Venet. 1551, 1591, 1615, vol. 2 in fol.—Iodoci Damhouderii : *Praxis rerum criminalium*. Antuerpiae 1554, in 4.; 1570, in 4.—Andreae Tiraquelli : *De poenis legum ac consuetudinum statutorumque temperandis aut etiam remittendis et id quibus ex causis*, 1559, in 12.— Pierre Ayrault : *L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé ès accusations publiques conférés au style et usage de la France*. Angers 1591, in 4.; Lyon 1642, in 4. — Benedicti Carpzovii : *Practica nova saxonica rerum criminalium*. Vitemb. 1638. — Prosperi Farinacii : *Opera omnia criminalia*. Francf. 1597, 9 vol. in fol. — Sigismundi Scaccia : *De judiciis causarum civilium, criminalium, haereticalium*. Francf. 1618, vol. 2. — Sebastiani Guazzini : *Opera criminalia*. Antuerpiae 1675, vol. 3 in fol. — Franc. Josephi de Angelis : *Tractatus criminalis*. Venet. 1717, in fol.— Francisci Maradei : *Tractatus Analyticus criminalis*. Neap. 1712, in fol. —Thom. Xaver. Caravitae : *Institutiones Juris criminalis*, Libri IV. Neap. 1740, vol. 2 in 4.— Nicolai Alphani : *De Jure criminali*, libri tres. Neap. 1732, vol. 3 in 4. —Antonii Matthaei : *De criminibus ad lib. XLVII et*

XLVIII Digestorum. Traject. ad Rhen. 1664, in 4.; Neapoli cum notis Leggii, 1772, vol. 2 in 4.; Ticini cum notis Th. Nani, 1803, vol. 2 in 4.— ROUSSEAUD DE LA COMBE: *Traité sur les matières criminelles*. Paris 1741, 1747, 1769, in 4.—JOH. SAM. FRIDER. BOEHMERI: *Observationes ad Practicam crimin. Carpzovii*. Francf. 1759, vol. 3 in fol. — *Meditationes in Constitutionem criminalem Carolinam*. Halae 1770, in 4. — *Elementa Jurisprudentiae criminalis*. Halae Magdeb. 1783, in 8. — BRIGANTI: *Pratica criminale*. Napoli 1747, 2.ª ediz. con note di F. De Marco 1842.

§ 2. **Scrittori al tempo della Riforma del Diritto Penale in Europa**. — BECCARIA: *Dei delitti e delle pene*. Monaco 1764, in 8.— SERVAN: *Discours sur l'administration de la justice criminelle*. Genève 1767 in 8.— BRISSOT DE VARVILLE: *Theorie des lois criminelles*. Paris 1781 — PASTORET: *Des lois penales*. Paris 1790, vol. 2 in 8.— EDEN: *Principles of penal law* (Principii del Diritto Penale). London 1775. — BLACKSTONE: *Commentaries on the laws of England* (commentarii sul Diritto inglese). Il vol. IV è consecrato al Diritto Penale. — HOMMEL: *Principis cura leges*. Lips. 1763.— GLOBIG ed HUSTER: *Dissert. sulla Legisl. Criminale*, coronata dalla Società economica di Berna (ted.). Zurigo 1753.— KLEIN: *Principii del Diritto Penale germanico* (ted.). Halle 1794, in 8. — KLEINSCHROD: *Sviluppo sistematico delle nozioni e verità fondamentali del Diritto penale* (ted.). Erlang. 1794.— MALANIMA: *Commentario sui delitti e sulle pene, secondo il gius divino*. Livorno 1736. — RISI: *Animadversiones ad criminalem jurisprudentiam pertinentes*. Mediolani 1766 in 8.— FILANGIERI: *Scienza della Legislazione*. Napoli 1780-1785, vol. 5 in 8. —PAGANO: *Principii del Codice Penale — Considerazioni sul processo criminale — Logica de' probabili* (Vedi Raccolta delle sue Opere, vol. 3. Lugano 1837). — LIBERATORE: *Saggio sulla giurisprudenza penale*. Napoli 1814, in 8. — RENAZZI: *Elementa Jurisprudentiae criminalis*. Romae 1774-1786, tom. 4; Venet. 1776; Neapol. cum notis et addition. *Bern. de Ferrante*. — CREMANI: *De varia jurisprudentia criminali apud diversas gentes eiusque causis*. Ticini 1776, in 4. — *De Jure Criminali*. Torino 1791 — ult. ediz. Florentiae 1848, in 8. — NANI: *Principii di Giurisprudenza criminale*. Milano 1822, in 8. — PAOLETTI: *Institutiones theorico-practicae cri-*

minales. Mediolani 1805. — Poggi: *Elementa jurisprudentiae criminalis*. Florent. 1815, vol. 5 in 8.

§ 3. **Scrittori del Secolo XIX**. — Feuerbach: *Trattato di Diritto penale* (ted.) 1801, con le addiz. di *Mittermaier*, edizione XIV. Giessen 1847, un gr. vol. in 8. — Grollmann: *Principii della Scienza penale* (ted.). Giessen 1825. — Romagnosi: *Genesi del Diritto penale*. Pavia 1791, 2.ª ediz. aumentata di altre due parti. Milano 1823, 1824. — Carmignani: *Elementa juris criminalis*, 1808, trad. ital. di Caruana Dingli. Malta 1847; *Teoria delle leggi della Sicurezza sociale*. Pisa 1831, vol. 4 in 8. — Zachariae: *Principii del Diritto criminale filosofico* (ted.). Lips. 1805, in 8. — Rossi: *Traité de Droit Pénal*. Paris 1829, trad. italiana con note di E. Pessina. Napoli 1853, 1 vol. in 8. — ultima ediz. francese con Introd. di F. Hélie, Parigi 1855. — Bentham: *Théorie d s peines et des récompenses*. Paris 1827; *Traités de Legislation civile et penale* pub. par *Dumont*. Paris 1803, 5.ª ed. 1831, vol. 3 in 8. — Bauer: *Trattato di Diritto penale* (ted.). Marburgo 1827. — Henke: *Manuale del Diritto penale e di Polit. criminale* (ted.). Berl. 1823-1838, vol. 4 in 8. — Jarcke: *Manuale di Diritto penale* (ted.). Berlino 1827, 3 vol. in 8. — Heffter: *Trattato del Diritto penale alemanno* (ted.), 8.ª ediz. Braunschweig 1857, in 8. — Waechter: *Trattato di Diritto penale rom. germ.* (ted.). Stuttgart, 2.ª edizione 1844, in 8. — Abegg: *Trattato della Scienza del Diritto penale* (ted.). Neustadt 1836, in 8. — Rosshirt: *Sviluppo dei principii del Diritto penale* (ted.). Heid. 1828, in 8. — *Storia e Sistema del Diritto penale germanico* (ted.). Stuttgart 1838, vol. 3 in 8. — Luden: *Manuale del Diritto penale* (ted.). Jena 1845, in 8. — Haeberlin: *Principii di Diritto penale* (ted.). Lips. 1845-1849, vol. 4 in 8. — Marezoll: *Trattato del Diritto penale comune germanico* (ted.), ult. ediz. Lips. 1856. — Köstlin: *Nuova Revisione dei principii del Diritto penale* (ted.). Tubing. 1845, in 8. — *Sistema di Diritto penale* (ted.). Tubing. 1855, vol. I. in 8. — *Dissertazioni postume su varii reati* (ted.). Tub. 1859, in 8. — Berner: *Trattato di Diritto penale alemanno* (ted.). Lipsia 1857, in 8., 4.ª ediz. 1869. — Geib: *Trattato del Diritto penale tedesco* (ted.). Lips. 1861, vol. 1. e 2. — Halschner: *Trattato del Diritto Penale prussiano*, vol. 3 sinora

(ted.), 1858-68. — LEGRAVEREND: *Traité de Législation criminelle.* Paris, vol. 2 in 8. — RAUTER: *Traité théorique et pratique du Droit criminel.* Paris 1863, vol. 2 in 8. — BOITARD: *Leçons sur le Code penal et sur le Code d'Instruction criminelle.* Paris 1836, in 8. ult. ed. con le note di F. Hélie. Paris 1863, in 8. — HÉLIE et CHAUVEAU: *Théorie du Code penal.* Paris, vol. 6 in 8. 1861, 4.ª ed. — HÉLIE: *Théorie du Code d'Instruction criminelle.* Paris 1845, vol. 9 in 8. — BERTAULD: *Cours de Code penal et Leçons de Legislation criminelle.* Paris 1854, in 8., ult. ediz. 1864. — TRÉBUTIEN: *Cours élémentaire du Droit criminel.* Paris 1854, in 8. — ORTOLAN: *Eléments du droit penal.* Paris 1855, in 8. — dern. edit. Paris 1863, in 8. — TISSOT: *Le Droit pénal étudié dans ses principes et dans les lois et usages des peuples.* Paris 1860, vol. 2 in 8. — PACHECO: *Corso di Diritto criminale* (spagn.). Madrid 1840, vol. 2 in 8. — JORDAO: *Cours de droit pénal.* Lisbonne 1858. — HAUS: *Cours de droit criminel.* Gand 1857, 2.ª ed. 1862 in 8., tom. I. — *Principes généraux du Droit Penal Belge.* Gand 1869 — BOERESCO: *Traité comparatif des délits et des peines.* Paris 1857, in 8. — TEMME: *Trattato di Diritto penale svizzero.* Francf. 1855. — STEPHEN: *Sommario del Diritto Criminale inglese* (ingl.). Lond. 1834, 8. — WHARTON: *Trattato sul Diritto criminale degli Stati Uniti di America.* Philadelphia 1857, ult. ed. 1861, 2 vol. in 8. — ROBERTI: *Corso di Diritto penale delle due Sicilie.* Napoli 1858, vol. 7 in 8. — NICOLINI: *Quistioni di Diritto,* vol. 6 in 8. Napoli 1840. — *Della Procedura penale,* vol. 9 in 8. — BUONFANTI: *Manuale di Diritto penale.* Lucca 1854, vol. 1 in 8. — GIULIANI: *Instituzioni del Diritto criminale.* Macerata, 3.ª ediz. 1856. — ARABIA: *Principii di Diritto penale.* Napoli 1854, vol. 3 in 8. — CARRARA: *Programma del Corso di Diritto Criminale,* Parte generale 1 vol. — Parte speciale vol. 7 in 8. Lucca 1861-1870. — TOLOMEI: *Diritto penale filosofico e positivo.* Padova 1866. — ZUPPETTA: *Lezioni di Metafisica della Scienza delle leggi penali.* Napoli 8.ª ediz., vol. 3 in 8., 1868. — BUCCELLATI: *Avviamento allo studio del Diritto Penale.* Pavia 1867. — T. CANONICO: *Introduzione allo studio del Diritto Penale.* Torino 1866. — MORIN: *Répertoire général du Droit criminel.* Paris 1854, vol. 2 in 8. — V. JAGEMANN e BRAUER: *Criminal lexicon.* Erlang. 1854.

PROLEGOMENI

ALLO STUDIO

DEL DIRITTO PENALE ITALIANO

CAPO I.

FONDAMENTI RAZIONALI DEL DIRITTO PENALE.

I.

Del principio fondamentale della giustizia penale.

§ 1. La società punisce i delinquenti e la coscienza applaude a questo fatto. Ma è giusto questo che la società compie e che l'opinione comune degli uomini approva? La punizione dei delinquenti non può trovare il suo fondamento di legittimità in interessi individuali nè in interessi sociali. Egli è mestieri risalire ad alcun che di superiore all'individuo ed alla società. E questo che è superiore allo individuo ed alla società è la destinazione dell'uomo, la quale sola può giustificare e l'interesse sociale e l'interesse individuale. Ora il problema della destinazione dell'uomo è uno dei problemi vitali della filosofia. Noi non potremmo tramutare una ricerca giuridica in esposizione minuta di un sistema filosofico. Epperò ci atterremo a muovere da un presupposto filosofico come fondamento di ulteriori ricerche.

Il pronunciato filosofico dal quale noi moviamo si è questo che l'uomo non è Dio, ma è tra gli esseri del mondo la più alta espressione di Dio, la più splendida incarnazione del divino nell'immenso dramma della vita universale. La simiglianza a Dio disse Platone essere lo scopo della vita umana (ὁμοίωσις θεῷ κατὰ τό δυνατὸν) — Questo pronunciato ci spiega le maravi-

gliose attitudini di che l'uomo è dotato; e serve a determinare ciò che l'Umanità debbe essere e ciò che dee compiere nella sua vita tellurica.

§ 2. Dio è Unità assoluta e questa Unità dee riprodursi mercè l'unità sociale che rannoda tra loro individui, famiglie, municipii, nazioni, sino a formare di tutti gli uomini una sola famiglia; nell'unità del divino ha radice il grande concetto della solidalità del genere umano. Dio è amore infinito, e la religione costituisce la riproduzione dell'amore infinito; Dio è pensiero consapevole di sè e di tutti gli esseri in sè stesso; e l'uomo riproduce questo pensiero divino nell'organismo della *scienza* e in quello della *parola*. Dio è l'artefice dell'universo; e l'uomo riproduce l'azione di Dio sulla natura, sia nel dominio dell'industria, sia in quello delle arti belle. Dio è eterna cagione di sè medesimo e l'uomo riproduce questa eterna causalità con l'educazione che il genere umano fa di sè stesso per a traverso i secoli. Così la destinazione umana si dirama nelle grandi direzioni dell'*umanità sociale*, della *religione*, della *scienza*, dell'*arte*, dell'*industria*, e della *educazione*.

§ 3. Ma di sopra a tutte queste direzioni ve ne ha una che tutte le concatena, ed è quella che il fine dell'Umanità dee compiersi per opera stessa dell'uomo, e non come una pura necessità fisica, ma come ordine morale, a cui è fondamento quell'Idea del Bene che Platone domandò il Sole del mondo morale. L'uomo dev'essere il fabbro della sua vita, e così cooperare al divino disegno del Cosmo, esprimendo col suo *muoversi*, con la sua *libertà* quello che il Vico disse l'*Ascità* di Dio. Senza la libertà dell'uomo l'Universo sarebbe monco, Dio non avrebbe in esso stampato tutto sè medesimo, perocchè mancherebbe nel mondo la riproduzione di Dio come *libertà assoluta*. Il bene dunque, che ha per principio Dio stesso, e che rispetto all'uomo ha per contenuto le grandi opere dell'Umanità, posto di rincontro all'attività libera di lui, piglia il nome di *legge morale*, perchè è legge che impera sulla libertà e per essa si compie. E per rispetto alla libertà umana piglia il nome di *dovere*, come vincolo razionale dell'umana libertà e come il più alto trionfo della medesima, essendochè l'uomo trova appunto la vera libertà in

quella signoria che la legge morale esercita sovra di lui quando egli ad essa aderisce.

§ 4. La legge morale abbraccia due lati che vogliono essere distinti l'uno dall'altro, tuttochè non siano nè opposti, nè separati. E per fermo l'attività umana ha due momenti: il *volere* e l'*operare*. La legge morale d'innanti alla volontà si compie per sola opera della volontà, mercè l'intenzionalità del bene, il che costituisce la *moralità* come fatto intrinseco e subbiettivo dell'essere umano. Il criterio supremo della moralità è la perfetta indipendenza del volere che in tutti gli atti si propone *il bene come bene* per la santità che è propria di esso ed astraziou fatta da ogni altro motivo. Mercè la morale l'uomo si assomiglia pure a Dio, in quantochè Dio è volontà pura e razionale di sè stesso, come fine di ciascuno dei suoi atti. Ma la legge morale ha un secondo aspetto quando è avvisata in ordine all'attività estrinseca dell'uomo, e questo aspetto non è a confondersi con la Morale.

§ 5. La legge morale debbe di certo attuarsi nel campo dell'attività, poichè non basta l'interno volere, ma è necessario l'esterno operare perchè il volere divenga fatto. L'attività umana è limitata (*non può tutto la virtù che vuole*). Dei limiti che trascendono le forze dell'Umanità non accade far parola; essi sono estranei alla libertà umana; basta il fare quanto ad uomo è possibile per adempiere la legge della sua esistenza. Ma v'ha altri limiti che *relativamente* son tali e possono essere rimossi con le forze dell'attività umana sia individuale sia sociale. Il rimuovere questi limiti, essendo condizione perchè l'uomo adempia la sua destinazione, costituisce un debito dell'uomo. Epperò in virtù della legge morale che comanda all'uomo fare quanto è in lui per l'attuazione del bene universale, tutti gli uomini debbono porgersi a vicenda gli aiuti efficaci perchè tutti raggiungano la loro meta. La somma di questi aiuti indispensabili che ingenerano un obbligo in coloro che possono prestarli, ed una legittima esigenza in coloro che ne han mestieri, costituisce il Diritto (1). Laonde il Diritto non è un prodotto del

(1) *Jus* da Joo secondo il Vico, o dalla voce samscrita *ju*, vincolo, secondo l'Ihering.

l'arbitrio umano; ma è la stessa legge morale, e come tale è rivestito di legittima signoria sulle umane attività, è qualche cosa di assoluto, che, senza essere separato dalla morale, nè identico ad essa, solo se ne distingue per quanto dall'osservanza della legge morale nel dominio interno dell'intenzione si distingue l'osservanza della legge morale nel dominio esterno dell'azione. Ed anche il Diritto, come le altre direzioni della vita, è per l'uomo via di similitudine a Dio, in quantochè Dio è provvidenza universale che porge a tutti gli esseri i mezzi per lo scopo cui son diretti nell'organismo del mondo, e l'uomo riproduce questa divina economia nell'organismo dell'umana convivenza mercè il legame santo del Diritto.

§ 6. Il Diritto non è solo un vero speculativo, ma debbe essere attuato, e con la sua unità dee dirigere e coordinare gli interessi e le attività tutte su cui signoreggia. Esso ha mestieri di un organo che lo faccia vivere e ne assicuri l'imperio. Ora l'uomo, su cui il Diritto impera, è per appunto l'organo di esso, il ministro di quest'archetipa Idea, è il sacerdote di questo Nume. L'idea dell'uomo abbraccia due possibili determinazioni: l'*uomo individuo* e la *società umana*. Di queste due determinazioni la seconda è più acconcia della prima a divenire organo del Diritto; perocchè la società è unità, e l'individuo importa molteplicità e diversità. Tutti gli uomini son tenuti di fare che il Diritto regni, e questa unità di dovere, comune a tutti, ingenera il debito nell'Umanità sociale di costituirsi organo del Diritto, proponendosi l'attuazione dei suoi dettati da parte dei singoli individui. E la società umana dicesi *Stato* in quanto adopera le sue forze al regno del Diritto. Intanto due condizioni essenziali debbono avverarsi perchè lo Stato sia una verità. La prima è che il Diritto debbe esser formolato come norma della vita sociale nello Stato, per regolare la libertà dei singoli individui; cosicchè egli è necessità che apparisca la legge positiva come parola sociale del Diritto, la quale nel suo imperio uno ed impersonale riproduce l'unità e l'impersonalità del Diritto stesso. L'altra condizione è che vi sia nello Stato un organo chiamato a rappresentare la superiorità del Diritto su' singoli individui, e quest'organo è la *Sovranità*, l'*autorità* o *potestà* che

dirsi voglia, la quale non trae da sè la sua superiorità, ma è mandataria della società medesima; ed appartiene a coloro che la società stessa giudichi essere i più atti a compierne il mandato. Lo Stato attua pertanto il Diritto mercè le due condizioni che a vicenda si suppongono della *Sovranità* e della *Legge*. E mentre protegge la libera attività dell'uomo, limita la libertà di ciascuno in nome del diritto di tutti, e garentisce a ciascuno il proprio diritto, adoperando, se fa di mestieri, anco i mezzi coercitivi perchè l'arbitrio individuale di ciascuno non solo non torni di impedimento al bene degli altri uomini, ma concorra al suo avveramento.

§ 7. La legge morale intanto, sia come *Morale*, sia come *Diritto*, è alcun che d'inviolabile d'innanti alla libertà umana interna ed esterna e per mezzo della libertà debbe attuarsi nel mondo dell'esistenza umana. Essa s'impone all'uomo come qualche cosa di assoluto. Ma, appunto perchè s'impone alla libertà, può essere violata, perchè non vi è libertà nell'atto dell'obbedire se non in quanto vi à la possibilità sia di obbedire sia di trasgredire. Questa trasgressione può avverarsi così nel campo della moralità come in quello del Diritto; e nell'un caso e nell'altro, avverandosi il contrario di ciò che la legge morale ingiunge, ed essendo contenuto della legge morale il bene, quello che si avvera è il *male*. Il contraddire alla legge morale costituisce il *male*, sia come *malvolere*, sia come *malfare*, sia come *male morale*, sia come *male giuridico*. Laonde l'assolutezza della legge morale e la possibilità della sua violazione ingenerano una antitesi; imperocchè il violar la legge morale nega l'assolutezza della medesima; e se si volesse la impossibilità di tal violazione bisognerebbe al tutto togliere (se pure fosse possibile) la libertà; nel qual caso la legge morale si tramuterebbe in legge fisica, e mancherebbe ogni via per adempiere il destino dell'uomo; chè anzi l'uomo sarebbe inferiore agli altri esseri del mondo — Egli è perciò necessario che una conciliazione dialettica risolva questa contraddizione.

§ 8. La negazione vera dell'assolutezza della legge non istà nella *possibilità pura* della violazione di essa (la quale possibilità è indispensabile perchè la legge morale sia legge morale);

la negazione sta nella *realità della violazione*, sta nell'uso concreto che l'uomo ha fatto della sua libertà, disconoscendo quella superiorità che la legge debbe avere come alcun che di uno ed universale sulla libertà umana, che porge il lato della varietà individuale. La negazione insomma sta nel fatto del *sollevarsi* contro la legge. La libertà umana inchiude la possibilità di questa negazione, ma non ne è la realità. La legge morale è negata dal fatto della libertà concretata, dal *peccato*, sia *morale*, sia *giuridico*. — Questa negazione dee sparire mercè una riaffermazione della legge morale — Epperò al sollevarsi dell'uomo contro la legge, il che è una negazione della sua Sovranità, dee di necessità tener dietro una riaffermazione della legge nella sua superiorità sull'individuo; e questo è il solo mezzo perchè l'assolutezza della legge morale non sia assolutamente negata. Ora una tale riaffermazione necessita una ritorsione della legge contro l'uomo, in virtù della quale l'uomo patisca in sè stesso qualche negazione per aver negato la legge; e così la negazione della legge è negata, cioè la legge è riaffermata. Questa ritorsione, nel dominio della moralità violata, si avvera con quell'interno patire che nasce dal rimordimento della coscienza, dalla consapevolezza della propria degradazione, consapevolezza che travagliando purifica. La ritorsione poi per rispetto al Diritto violato è il soggiacere dell'individualità ad una restrizione, ad un *patire* in nome del Diritto. Il Diritto si torce contro l'individualità violatrice per opera della società umana che assoggetta i delinquenti ad una *punizione;* e così viene ad essere riaffermato. La *pena* è dunque fondata sul principio che il Diritto, negato dal delitto (*male giuridico*), debbe essere *riaffermato*, e la società umana negando con la pena la negazione del Diritto contenuta nel delitto, adempie il debito di riaffermare il Diritto stesso.

II.

Esposizione critica dei vari sistemi sul diritto di punire.

§ 1. Le teoriche del diritto di punire possono ricondursi a tre categorie.

La prima è di quelle che considerano la pena intrinsecamente giusta in quanto è rimedio al male avveuuto (*punire quia peccatum est*).

La seconda è di quelle che considerano la pena come mezzo per antivenire altri reati (*punitur ne peccetur*).

La terza è di quelle che compongono ad eclettismo le due teoriche precedenti, e per le quali la pena è legittima sì come rimedio del male passato e sì come mezzo di antivenire mali futuri.

§ 2. Le dottrine appartenenti alla prima categoria risalgono ad un comune principio, cioè alla *espiazione*, e formano una sola dottrina, la *dottrina della giustizia*. Questa, avvolta in prima nelle concezioni religiose dell'Oriente e della Grecia, ebbe nella civiltà italogreca una prima manifestazione nello ἀντιπεπονθός dei Pitagorici o *talione morale*. Essa trovò il suo svolgimento nel *Gorgia* di Platone; il quale movendo dal pensiero che la pena è giusta in sè stessa, propugnò la tesi che essa è altresì purificazione dell'anima dal male dell'ingiustizia. Il Cristianesimo riprodusse questa dottrina in forma di credenza religiosa; il martirio del Cristo è espiazione dei falli dell'Umanità, indirizzata a redimere l'uomo dall'imperio del male; e Tommaso d'Aquino e Dante la riprodussero egualmente nel Medio Evo. Essa ebbe pure a seguaci, ne' primi tempi della moderna Filosofia del Diritto, Grozio, Seldeno, Leibnizio e Vico. Colui che le diede forma rigorosa fu Emmanuele Kant, ed a lui parecchi in Germania in Francia ed in Italia si rannodarono; e tra questi son da noverare i due pubblicisti italiani, Pellegrino Rossi, e Terenzio Mamiani della Rovere. Ma tutti costoro considerarono la pena come mezzo di espiazione morale, confondendo così l'elemento morale col giuridico, onde dall'un canto il Grozio ed il

Rossi furono necessitati dal senso pratico a sottordinarne l'apparizione alle *necessità sociali*, e dall'altro il Seldeno ed il Mamiani pervennero a giustificare, laddove fosse possibile, anche la punizione del pensiero criminoso. E così fu facile agli avversari di questa dottrina accusare i suoi sostenitori o di *illogicità*, o di *misticismo* — L'Hegel e lo Stahl, per vie diverse, raddirizzarono questa dottrina precisando che la pena è *retribuzione giuridica*, è espiazione giuridica di una violazione del Diritto. E però si è renduta vana ogni aggressione, e superfluo il venir ponendo di rincontro al principio assoluto della giustizia la limitazione dello interesse sociale. Quest'ultima determinazione è quella che noi abbiamo esposta, movendo da un principio filosofico che si discosta egualmente dalle dottrine dell'Hegel e da quelle dello Stahl (1).

§ 3. La seconda categoria è delle varie dottrine che presero nome di *relative*. La prima che prendiamo a disaminare è quella della *intimidazione*. Aristotele avea detto che le pene son medicina dell'anima per la virtù dei contrarii e che fa duopo punire perchè la moltitudine obbedisce alla necessità più che alla ragione (Ethic. Nicom. VIII, C. ult.). Se egli non si dilunga dal principio morale (perocchè lo Stato avea sempre per lui il significato di un instituto dirizzato all'educazione morale), pure allorchè nel mondo romano lo Stato si pone come fine a sè medesimo, il concetto della intimidazione diviene puramente politico ed è segregato dal principio morale; la pena divien mezzo di intimidazione per tutelare la incolumità dello Stato (2). E di qui piglia origine il sistema che la pena ha per fondamento la necessità di rimuovere gli uomini mediante il timore dai fatti che mettono a pericolo la conservazione della vita sociale, (*punitur ne peccetur*). Questa dottrina, nel movimento scientifico del Diritto Penale, che data dal Beccaria, cioè dalla seconda metà del secolo passato, fu sostenuta in prima sulla

(1) *Dello svolgimento storico della dottrina dell'espiazione come fondamento del Diritto Penale* — Memoria letta nella R. Accad. di Scienze Morali e Politiche di Napoli dal Prof. E. Pessina — Napoli 1863, in 4°.

(2) Sen. *De ira*. 1, 16. — Ciceron. *De Off.* III. 5. — Ulp. l. 1. § 1. D. *de just. et jure* — L. 28 § 15. D. *de poenis*.

base dello ipotetico *contratto sociale* dal Beccaria, dal Rousseau, dal Filangieri. Ma poscia venne svolta sul fondamento della necessità di fatto della vita sociale dal Romagnosi e dal Bentham. D'altro canto il principio della giustizia vi si è pure collegato. Imperocchè alcuni tra' suoi cultori hanno insegnato che questa conservazione della vita sociale mercè la pena debbe avvenire nei limiti di ciò che è giusto (Carmignani, Rauter, Bertauld, Trébutien, Hélie). Altri hanno detto che l'intimidazione come scopo prossimo del punire è mezzo per la conservazione dell'ordine giuridico, epperò serve alla giustizia come coazione psicologica (Anselmo Feuerbach, Hepp, Mittermaier, Trendelemburg nel suo *Diritto naturale* § 56, De Giorgi, Baroli) (1).

§ 4. Questa dottrina della intimidazione non può secondo noi elevarsi a principio fondamentale del Diritto penale. Noi non ispendiamo molte parole a confutarla in quelle forme che essa ha prese come dottrina utilitaria o come dottrina della difesa, sia diretta sia indiretta, della vita sociale. Per rispetto alla utilità essa non può fondare una punizione nè come utilità individuale nè come utilità sociale; nel primo caso l'individuo potrebbe rinunziarvi, nel secondo caso vi è duopo del riconoscimento di un principio di giustizia che imponga obbedire all'utilità sociale — Quanto a difesa, sia diretta sia indiretta, bene fu notato dal Rossi che la difesa non può mai confondersi con la punizione, perchè la difesa antecede il male e la pena non precede il delitto ma lo segue (*culpam poena premit comes*). Il nostro esame dee cadere su quella forma che assume la dottrina, non come pura sicurezza sociale, ma come assicurazione del Diritto mercè l'esemplarità intimidatrice che costringe psicologicamente senza violare la libertà.

1.° Innanzi tutto la punizione manca di un criterio; essa debbe esser varia secondo le condizioni di ciascuno — e ad ogni ora che un reato diviene più frequente bisogna sempre più aumentarne la pena ancorchè la reità di un'azione rimanga la stessa.

(1) Il Carrara sebbene adoperi la formola della tutela del Diritto va noverato tra' propugnatori della dottrina della retribuzione giuridica, dacchè egli sollevò la sua formola di tutela del Diritto al significato di restaurazione dell'autorità del Diritto.

2.° V'è una contraddizione in cui essa cade. Se il male avvenuto (reale) non basta a giustificare la punizione; come potrà bastarvi un male non avvenuto ancora, un male possibile, qual'è il delitto futuro?

3.° Se si dice prevenzione nei limiti della giustizia, si riconosce che il punire un dato fatto dev'esser voluto dalla giustizia. Or quando dicesi la società dover punire non oltre il giusto ma per proprio interesse, si dice che la società dee vedere il giusto ma non attuarlo se non quando e perchè le torna conto di farlo.

Intanto vi ha una parte di vero nella dottrina dell'intimidazione. *Oderunt peccare mali formidine poenae* — Vi è il fatto che se non vi fosse la pena non vi sarebbe freno a' malvagi. Ma questa è conseguenza utile della pena; non ne è il fondamento. Imperocchè non la pena in astratto produce questo effetto, ma la pena meritata, la pena dovuta, quella che il Vico disse il SUUM *del delinquente*. La pena che è qualche cosa di giusto in sè deve apparire per opera della società; educando gli uomini, essa antiviene l'incremento dei mali giuridici; essa protegge l'osservanza del Diritto (1).

§ 5. Una teorica opposta a quella dell'intimidazione è l'altra che è poggiata sul principio dell'emendamento del colpevole. Lo scopo della vita sociale è l'individuo nella sua destinazione e nei suoi diritti, secondo alcuni. L'uomo non può essere trattato come mezzo per gli altri uomini. Epperò l'Abicht, il Lucas, ed altri ancora sostengono che la pena non può esser considerata come legittima se non in quanto si propone come scopo il bene del delinquente stesso. L'emendamento, la palingenesi morale dell'individuo, ecco lo scopo della pena—Il Roeder ha consecrato parecchi scritti a svolgere questa tesi: La pena non può essere un male morale nè un male fisico dell'individuo; la pena o è uno strumento di rieducazione, o è una continuazione dello stato di violenza che si concatena al passato dell'umana famiglia.

(1) Livio narrando la morte di Mezio Suffezio fa dire a colui che lo puniva: *At tu supplicio tuo doce humanum genus ea sancta credere quae a te violata sunt.* (I. 28).

Noi cominciamo dal notare che questo sistema si rannoda ad una grande riforma della penalità che da un secolo progredisce, cioè al sistema penitenziale — Ma l'errore della dottrina sta nel porre l'emendamento come ragione giustificatrice della pena.

1.° Se si parla di emendamento morale si esce dai confini del Diritto. Lo Stato non potrebbe imporre all'individuo una forma di vita per costringerlo ad essere morale — Se poi si parla di emendamento giuridico, esso si confonde col sistema della prevenzione.

2.° L'emendamento non si avvera sempre, nè poi sempre ad un modo — La pena dovrebbe durare finchè non siesi verificato l'emendamento; la pena dovrebbe cessare come prima l'emendamento si avveri.

3.° L'individuo è una delle condizioni della vita sociale ma non è lo scopo ultimo della società.

4.° Vero è che il male fisico non è compenso al male morale; ma la dottrina della retribuzione giuridica non inchiude un male fisico; essa si propone di contrapporre una restrizione alla sfera di attività giuridica dell'individuo quando l'individuo ha violato l'ordine giuridico. Le pene feroci non sono mai giustificabili; ma l'uso di quella forza che è propria del Diritto contro l'individualità renitente, per riaffermare il Diritto, se ingenera un *dolore*, un *patire* nell'individuo, è qualche cosa di omogeneo allo stesso delitto; perchè l'*attività del Diritto* nega l'*attività del delitto*.

Intanto la dottrina dell'emendamento ha un lato vero quando si coordina con la dottrina della retribuzione. La società proponendosi con la *pena* di riaffermare il Diritto deve nel suo contenuto fare che il Diritto si riaffermi nello stesso delinquente, estirpando in lui per quanto è possibile la cagione del delinquere; epperò la rigenerazione morale come mezzo di siffatta rieducazione può e dee formar parte del contenuto della pena. *L'emendamento*, è una delle condizioni, e non già scopo fondamentale, nè ragione giustificatrice della pena.

§ 6. Sonovi altre dottrine relative, come quella della *vendetta pubblica* sostenuta da Vecchioni, Brüchner, Schmalz; e quella della *reciprocanza* insegnata dal Borst e dal Fichte. La dottrina

della vendetta è al dì d'oggi priva di sostenitori. E bene a ragione è messa da banda, perocchè o si prende la vendetta nel senso volgare ed è un sentimento personale, un fatto psicologico, non un principio che possa giustificare un istituto; o la si prende nel significato più puro di senso della giustizia irritato, e si confonde con la dottrina dell'espiazione. La dottrina della reciprocanza fu poi riprodotta dal Tissot con certi temperamenti, sostenendo egli che malgrado questo principio della reciprocità che giustifica in sè la pena, la società dee solo attuarlo quando un interesse materiale o morale a ciò la sospinga. Ma la reciprocanza è la forma che assume il Diritto, non già il fondamento dei diritti. L'uomo non esce mai dall'atmosfera del Diritto per quanto cerchi di allontanarsene; non perchè ha negato il diritto dell'altro perde il suo proprio diritto; il suo *diritto* assume altra forma, ma è sempre condizione giuridica; egli ha diritto di esser trattato secondo questa sua condizione, egli ha diritto a non patire di più di quello che gli spetta.

§ 7. Finalmente vi è una terza categoria che è quella delle dottrine eclettiche o miste. — La pena, dicesi da taluni, è al tempo stesso fondata nella giustizia e nella necessità o utilità sociale ed individuale; non si può poggiare la punizione sovra unico principio — Il primo momento di questo eclettismo già si scorge nel Grozio e nel Rossi; ma non è propriamente eclettismo; perchè il principio politico in essi è *limite* non è *fondamento* della punizione — Ma il Welcker con la dottrina della riparazione del danno ideale enunciò molti fini congiunti; e il Mancini, l'Ortolan, l'Haus ed il Von Preuschen, affermano che due elementi son necessarii a costruire la legittimità della pena, cioè che il fatto violi l'ordine morale, e che la società abbia un interesse a punirlo. Ora l'interesse è tale in quanto fa parte dell'ordine, e un ordine morale separato dagli interessi è un'astrazione.—La materia del giusto è l'utile stesso, e l'utile è una conseguenza dell'adempimento dell'onesto; non può esservi vera utilità fuori di queste condizioni. La dottrina eclettica non può non sorgere finchè la dottrina dell'espiazione sta nei confini del Kantismo, insegnando che la punizione del delinquente è un

principio morale, e che la pena è mezzo per l'espiazione del fallo morale, dolore materiale per un male morale — Ma quando la dottrina dell'espiazione fa della punizione un *principio giuridico*, considera la punizione come rimedio che il Diritto contrappone ad un male giuridico, cessa ogni ragion di essere dell'eclettismo.

§ 8. Non possiamo intanto dar termine a questa esposizione senza accennare ad una nuova teorica sui fondamenti del Diritto penale messa innanzi di recente dal Bar. Egli crede, sulle basi di una ricerca storica e positiva, costruire una dottrina della pena che si allontana così dalla teorica della *retribuzione* come dalle così dette *teoriche relative*. E questa è che la pena si fonda nel debito che ha la società umana, per mantenere in vigore i principii dell'ordine morale, di contrapporre al delitto una *riprovazione morale;* che questa riprovazione è mutabile nella sua forma secondo le varie condizioni dello stato sociale; che la sua efficacia come retribuzione di patimento non è una *necessità dialettica* ma una *necessità storica*, a cui l'individuo dee sottoporsi, perchè, avendo violato l'ordine ed impedito lo svolgimento della vita sociale, ha pure il debito di soggiacere alla pena come a qualche cosa che nelle condizioni storiche della società è indispensabile all'ordine sociale; ma che può concepirsi in un lontano avvenire tale stato di perfezionamento della società umana in cui la semplice riprovazione della pubblica opinione preservi dai delitti meglio che non faccia ora la più adequata e vigorosa giustizia punitrice. Noi su questa nuova costruzione del Diritto penale facciamo le seguenti avvertenze. 1.ª Essa confonde nel concetto della riprovazione morale la Morale ed il Diritto, il fallo morale ed il giuridico; sicchè è costretta a limitazioni arbitrarie per fermare che questa riprovazione dee restringersi a taluni fatti e non colpire tutte le manifestazioni dell'attività umana. 2.ª Essa considera la pena come necessità puramente storica e non dialettica, perchè confonde la pena con la forma che la pena assume nei vari generi di punizione; e per fermo anche quando si ammette ciò che il Bar insegna sul lontano avvenire della società umana, cioè che basterà la sola riprovazione dell'opinione pubblica, questa riprovazione stessa è la retribuzione del delitto;

e il dolore che essa ingenera è quella sofferenza che costituisce il contenuto della pena. La *società umana che riprova il male* è una formula equivalente all'altra che la *società umana riafferma il bene soggettando l'individuo a una qualche cosa*. Anche noi crediamo nel progresso della vita sociale; anche noi abbiamo fede che verrà tempo in cui lo stesso fallo sarà pena a sè medesimo; ma in ciò sarà mutata la forma della punizione, e la sua sostanza rimarrà la stessa, inquantochè vi sarà sempre un *soffrire*, un *pati quiddam*, come conseguenza legittima del male operato.

§ 9. Dalle cose esposte si ha che la dottrina della retribuzione giuridica, invece di accozzare e contemperare, sintetizza tutti gli altri sistemi come tanti lati secondarii e parziali del vero, e li integra in un principio superiore. — L'adempimento della legge morale, secondo questa dottrina, inchiude che lo Stato dee riaffermare il Diritto quando il Diritto è violato dall'apparizione del maleficio. La pena, riaffermando il Diritto, attua il regno di Dio. Essa per riaffermare il Diritto costringe l'attività del delinquente, e nel modo onde costringe cerca le vie per ricondurla all'osservanza del Diritto; e mentre la coercizione del reo è esempio che ammonisce tutti gli altri individui a nome della società per la loro vita avvenire, placa il risentimento di coloro che furono offesi dal delinquente, e rassicura gli individui, e la società medesima sulla fermezza dell'ordine sociale, e sulla efficacia protettrice della legge. Ma tutte queste cose sono effetti utili e desiderabili della pena. Il suo fondamento è la giustizia stessa; e l'errore comune delle *dottrine relative* si è di aver fondato la pena sovra alcuno di quei momenti parziali e secondarii.

III.

Teoremi fondamentali del Diritto penale.

§ 1. Un insigne scrittore di cose penali sentenziò che il principio del Diritto Penale chiude in se tutto quanto il contenuto di questo Diritto e si riflette essenzialmente sulla incriminazione delle azioni, sulla misura della pena, sulle instituzioni

giudiziarie, sulla forma stessa dei procedimenti (1). Noi riconosciamo come vera una siffatta affermazione; imperocchè come obbietto proprio di ogni centro dinamico è il distendersi in una sfera di attività da cui si appalesi la sua efficacia, obbietto proprio del supremo principio di ciascuna scienza è il venirsi ampliando in tutto il dominio della medesima col generarvi dei veri secondi. Epperò noi daremo compimento alla esposizione filosofica del Diritto Penale col tentare una delineazione dei suoi principii fondamentali, principii che poi verremo a mano a mano svolgendo nella nostra trattazione.

§ 2. E primamente cominciamo dal vedere in che consiste il delitto e quali atti debbono soggiacere a pena. Il delitto è la *negazione del Diritto*; ed una tale nozione abbraccia in sè così il lato della violazione dei nostri doveri come quello della menomazione dei diritti in alcuno degli esseri umani. Se la legge morale ha due lati: il lato della moralità e quello del Diritto, se essa è la legge giuridica, in quanto si riferisce non al volere puro ma al volere estrinsecato in un dato operare (*attività*), non la *mala voluntas* ma la *mala actio* costituisce il fatto incriminabile. I peccati di religione e di moralità non costituiscono il *maleficio*. Maleficio è dunque l'azione della libertà umana che infrange il Diritto. Questo infrangere apparisce quando una data attenenza giuridica non può più essere mantenuta in osservanza per un qualche fatto dell'uomo ad essa contradditorio. Così l'uccisione di un uomo infrange il Diritto perchè col fatto della uccisione non può più, per rispetto all'uomo che fu tolto di vita, essere osservata quell'attenenza giuridica che l'uomo non debbe insidiare alla vita dell'uomo. Da queste considerazioni si deriva il pronunciato che la società umana può legittimamente, anzi deve incriminare tutte quelle azioni e solo quelle azioni che movendo dalla libertà umana violano un'attenenza giuridica in maniera da renderne impossibile l'attuazione in forma positiva, relativamente al fatto che si è compiuto. E come il Diritto chiude in sè le condizioni dello adempimento dell'umana destinazione, le quali dipendono dalla umana libertà, così

(1) Hélie: Introd. au Traité de Droit Pénal par M. Rossi, Paris 1835.

e converso la negazione del Diritto, cioè il *delitto*, inchiude la manifestazione della libertà umana in qualche fatto che rende impossibile per il caso speciale l'adempimento di alcuna di quelle condizioni.

§ 3. La violazione o negazione del Diritto necessita la riaffermazione di esso. La quale importa che la forza del Diritto vinca l'attività individuale, la soggioghi, la sottoponga a se medesima. Bisogna perciò che una certa sofferenza rappresenti il ritorcersi della forza del Diritto contro l'attività ribelle. Al delitto dunque dee tener dietro una restrizione dei diritti, la quale faccia soffrire, in nome del Diritto violato, ed abbia per iscopo riaffermare il Diritto il più che sia possibile, così nella società umana nel cui seno il maleficio è apparso, come nella stessa individualità violatrice. La pena dunque nella sua essenza propria è l'efficacia di ripulsione con cui il Diritto si ritorce contro l'*individualità umana* che ha commesso il delitto, e lo fa per riparare il disordine del delitto, cioè per riaffermare la propria superiorità sulle attività umane. Lo scopo della pena è di annientare il delitto; e se si rappresenta sotto forma di dolore e di male per l'individualità che vi soggiace, è un bene in sè medesima, è il vero bene dell'individualità delinquente, riconciliandola con l'ordine, ed è un bene per la società umana nel cui seno la giustizia si restaura. Ma perchè adempia il suo scopo e raggiunga un tal effetto, uopo è che in sè stessa, e relativamente al reato, essa si conformi al Diritto, non certo imitando con la *similitudo supplicii*, grossolana forma di simiglianza o *talione materiale*, l'atrocità del delitto, ma compensando con qualche bene il male del delitto, e facendo cadere sull'autore di esso esclusivamente la sua efficacia di restrizione e di dolore. E come la negazione del Diritto per opera del reato può esser varia secondo l'importanza del dettato giuridico che viene ad essere negato, e varia per *qualità* e per *quantità*, cioè secondo l'importanza del rapporto giuridico che è conculcato, e secondo la gravezza specifica della violazione di quel rapporto, determinata dalle sue condizioni come fatto concreto e particolare, egli è mestieri che i vari delitti sian puniti proporzionalmente, perocchè tanto è necessario riaffermare del Diritto per quanto

vi ha di negazione di esso nel maleficio. Epperò la *pena dev'essere proporzionata alla varia quantità e qualità dei delitti.*

§ 4. La legge morale che porta seco il dettato della punizione dei delinquenti come si attua nel seno dell'Umanità? Un comune dovere incombe a tutti gli uomini di fare opera perchè il Diritto regni sull'arbitrio dell'uomo. Lo Stato, che rappresenta la comunanza degli uomini in quanto vogliono il regno del Diritto, è dunque l'organo legittimo della punizione. E lo Stato nazionale, che è l'organo del Diritto presso ciascuna nazione, legittimamente è chiamato all'amministrazione della giustizia penale. Laonde non è dato all'individuo il punire i colpevoli, ma a quelle potestà designato dallo Stato a rappresentarlo nella sua superiorità verso gli individui come l'organo del Diritto. La *vendetta del sangue* è la negazione della pena, e toglie al punire, cho essa pure si propone, quella nota di imparzialità che deve accompagnare l'apparizione della giustizia punitrice. Lo Stato in somma è l'organo chiamato ad esercitare il ministero sociale della punizione dei delinquenti. Sarebbe un errore il fare dello Stato lo scopo ultimo e fondamentale della punizione, ma la punizione che è voluta dal Diritto debbe avere per ministro l'organo stesso del Diritto nella vita sociale.

§ 5. A questa giustizia punitrice, che costituisce un mandato dello Stato, si richiedono tre condizioni: 1.° Perchè lo Stato nazionale operi come organo del Diritto uopo è che la coscienza nazionale del contenuto del Diritto sia la norma delle sue operazioni sull'individuo. Questa coscienza nazionale del contenuto del Diritto si formola nel Diritto positivo, nella *legge penale.* La legge dee dunque regolare tutto ciò che concerne l'amministrazione della giustizia penale per opera dello Stato. Non fatto punibile se la legge nol dichiari tale prima del suo apparire, non pena che non sia prefinita dalla legge, non potestà chiamata ad assolvere o condannare se nella legge non trovi il principio della sua legittimità di esistenza, non altra forma di procedimento per punire il colpevole che quella fissata dalla legge. — 2.° Posta la legge, uopo è di un altro fatto che preceda la punizione secondo la legge; e questo è che la coscienza socialo sia convinta che un individuo è caduto in quel dato fatto

che la legge punisce come delitto. Niuno può esser punito senza che questa certezza sia acquistata dalla società — cioè senza che vi sia stato un *giudizio* secondo le forme legali, che metta capo in un pronunciato rivestito dell'autorità della cosa giudicata. — 3.° La legge e i giudicati non debbono rimanere lettera morta: che anzi l'attuazione della giustizia è riposta nella esecuzione dei giudicati in cui l'autorità della legge si trasfonde. E se vi possono essere dei casi in cui o il procedimento non debbe aver luogo per l'attuazione della legge, o, malgrado che il procedimento abbia fatto capo ad un giudicato, non si possa il giudicato medesimo eseguire, pure questi casi debbono essere contemplati precedentemente nella legge; e così, mentre la legge è sempre quella che regola l'amministrazione della giustizia penale si evita che la obbedienza pura e semplice alla legge degeneri in disobbedienza alle superiori prescrizioni del Diritto e della natura stessa delle cose.

§ 6. Riepilogando queste considerazioni, si può raccogliere da esse come incontrovertibili i principii seguenti che formano come il nucleo della scienza del Diritto Penale:

1.° Sono da incriminare e tutte e sole le manifestazioni dell'attività libera dell'uomo che infrangono i dettati del Diritto.

2.° La pena per riaffermare il Diritto negato dee far soffrire alcun dolore al delinquente, proporzionato alla quantità e qualità del suo delitto, ed estirpare in lui per quanto è possibile le radici del delinquere.

3.° L'organo della giustizia punitrice è lo Stato non l'individuo.

4.° La legge debbe essere la norma direttrice della potestà civile nella punizione dei delinquenti.

5.° Niun individuo può soggiacere a pena se non dietro irrevocabile giudicato che mostri esser convincimento della coscienza sociale la reità di lui.

6.° Nella esecuzione dei giudicati penali sta il compimento della giustizia punitrice, salvo i casi in cui non si debba perseguire il reato o punirne l'autore, casi che la legge stessa dee prevedere.

APPENDICE AL CAPO I.

SCRITTORI DA CONSULTARE PER LA FILOSOFIA DEL DIRITTO PENALE.

A). Scrittori antichi.

Diog. Laertii: *Vit. philos.* VIII, 33.
Platonis: *Gorgias — De Legibus*, IX, X, XI.
Aristotelis: *Ethicorum ad Nicomachum* — Lib. V, 8 — Lib. VIII, 10.
Thomae Aquinatis: *Summa theologica*, I, 2.
Hug. Grotii: *De Jure belli ac pacis* — Lib. II, c. XXI, XXII.
Seldeni: *De Jure naturali juxta disciplinam Hebraeorum*. Wittemb. 1712.
Leibnitz: *Théodicée*, part. I, § 73.
G. B. Vico: *De uno univ. juris principio ac fine uno*, § LXIII.

B). Scrittori moderni.

Abegg: *Le teoriche del Diritto Penale* (ted.). Neustadt 1835, 1 vol. in 8.
Bar: *I fondamenti del Diritto penale* (ted.). Lips. 1869.
Bauer: *La Dottrina dell'ammonizione* (ted.). Gottinga 1830.
Bertauld: *Étude sur le droit de punir.* Paris 1852, in 8.
Borst: *Saggio di una nuova esposizione puramente giuridica del Diritto penale* (ted.). Nürnberg 1811.
Brocher: *Essai sur l'élément moral du Droit criminel*. Genève 1836.
Broglie (Duc de): *Sur le droit de punir* (*Revue française*. Paris, Sept. 1828).
Bufalini: *Sui fondamenti del Diritto punitivo*. Firenze 1857.
Busatti: *Del diritto all'irrogazione delle pene, e della loro applicazione ed effetti per la sicurezza sociale*. Siena 1841.
Carrara: *Programma del Corso di Diritto criminale*. Lucca 1860, in 8.
Colmann: *Le teoriche del Diritto penale* (ted.). Lips. 1824.
Cousin: *Argument du Gorgias* (Oeuvres de Platon).
Feuerbach: *Della pena come mezzo di antivenire i delitti*. Chemnitz 1800.
Fichte: *Diritto naturale*, Vol. II, pag. 95 segg.
Franck: *Philosophie du Droit Pénal.* Paris 1864, in 12.
Gabba: *Dei fondamenti e dei caratteri della pena*. Milano 1858.
Garelli: *Della pena e della emenda*. Firenze 1869.
Gilardin: *Étude philosophique sur le droit de punir.* Paris 1842.
Giorgi (Aless.° De): *Memoria sul diritto di punire* (Appendice alle *Opere penali* di Romagnosi). Milano 1844.
Grohmann: *Sul principio del Diritto penale* (ted.). Carlsruhe 1832.
Grollmann: *Sul fondamento del Diritto e della Legislazione Penale* (ted.). Giessen 1799, in 8.
Haus: *Du principe d'expiation*. Gand 1865.
Hegel: *Filosofia del Diritto* (ted.) 1828, § 95 segg.
Hélie: *Introduction au Traité de Droit pénal par M. Rossi.* Paris 1855 — *Introduction au Traité des délits et des peines par Beccaria.* Paris 1856.

Henke: *Lotta delle teoriche sul Diritto penale* (ted.). Regensburg 1811.

Hepp: *Espos. critica delle teoriche di Diritto penale* (ted.). Heidelb. 1829 — *Sulle teoriche straniere di giustizia ed utilità come fondamento della pena* (ted.). Heidelb. 1834 — *Esposizione critica dei sistemi alemanni sul Diritto penale* (ted.). Heidelb. 1845.

Jordao: *Fondamento del diritto di punire* (portoghese). Coimbra 1853.

Kant: *Principii Metafisici del Diritto* (ted.), § XLIII — V. trad. francesi del Tissot e del Barni.

Linck: *Il Diritto Naturale ai tempi nostri come base delle teoriche di Diritto penale* (ted.). Munich 1829.

Mamiani e Mancini: *Lettere sulle Origini del diritto di punire*. Napoli 1841, ult. ed. Napoli 1844, vol. 2 in 8.

Mohl: *Su lo scopo della pena* (ted.). Heidelb. 1837.

Molinier: *Du droit de punir*. Toulouse 1848.

Naumann: *Sulla teoria del Diritto penale* (trad. dallo sved. in tedesco per *C. N. David*). Lips. 1849.

Oersted: *Regole fondamentali della legislazion penale*. Copenaghen 1818 — (trad. dal tedesco).

Poletti: *Sul diritto di punire e sulla tutela penale*, 1853 — *La Giustizia e le leggi universe di Natura* — *Principii di Filosofia positiva applicati al Diritto criminale*. Cremona 1864.

Richter: *Il Diritto penale filosofico* (ted.). Lips. 1829.

Roeder: *Il ministero della pena nello spirito del Diritto* (ted.). Heid. 1863 — *Le dottrine fondamentali del delitto e della pena* (ted.). Heid. 1867.

Saleri: *Delle cagioni che tardarono la filosofia del Diritto Penale, e delle cagioni che la fecero sorgere negli ultimi tempi*. Milano 1844.

Stahl: *Filosofia del Diritto* — Diritto Pubblico § 142.

Trendelenburg: *Diritto Naturale fondato sull'Etica* (ted.). Lipsia 1860, § 56 segg.

Trummer: *La filosofia del Diritto ed in ispecialità del Diritto Penale* (ted.). Amburgo 1827.

Van Trojen: *Diss. juridica de jure puniendi*. Groning. 1826.

Van Ittersum: *De fundamento juris puniendi*. Traj. ad Rhen. 1824.

Van Muyden: *Essai sur le principe fondamental de la justice pénale*. Lausanne 1833.

Vecchioni: *Pensieri intorno ad una teoria di legislaz. pen.* Napoli 1825.

Vening: *Dissert. juridica qua exponuntur diversae de fine poenarum sententiae*. Gron. 1826.

Von Preuschen: *La teorica della giustizia con l'esposiz. di altre teoriche* (ted.). Giessen 1839.

Wahlberg: *Il principio della individuaz. nella giust. pen.* (ted.). Vien. 1869.

Welcker: *Diritto, Stato e Pena* (ted.). Giessen 1813.

Zachariae: *Diss. quomodo Icti Romani de delictis eorumque poenis philosophati sint*. Viterb. 1799.

CAPO II.

FONDAMENTI STORICI DEL DIRITTO PENALE (1).

AVVERTENZE PRELIMINARI.

Il Diritto non si rimane come il Dio di Epicuro in una regione superiore all'Umanità; esso vive nel seno delle umane colleganze; la sua essenza si esplica per opera degli uomini, e questo esplicamento della sua essenza è per appunto la sua vita. Come avviene per le altre direzioni della destinazione umana alle quali esso si concatena, la sua essenza ideale si va sempre più attuando di generazione in generazione. Onde gl'instituti speciali in cambio di esser costruiti *a priori* vogliono essere studiati nel movimento storico del Diritto, nelle sue apparizioni successive. Noi ci dilungheremmo intanto dallo scopo pratico della nostra esposizione se volessimo delineare una storia generale di tutte le forme che di tempo in tempo assunse la giustizia punitrice appo i vari popoli dai primordii della civiltà sino ai tempi nostri; come d'altro canto non potremmo dare una esposizione scientifica del Diritto Penale vigente in Italia se non ci rendessimo conto dello spirito comune che informa le legislazioni moderne. Epperò cercheremo di risolvere storicamente tre problemi:

1) Quali furono gli elementi da cui si venne formando il Diritto penale comune dei popoli moderni?

2) Quale fu il lavorio della legislazione e degli interpetri su que'vari elementi fino al secolo XVIII in cui ebbe luogo la riforma del Diritto Penale?

(1) WELCKER: I fondamenti del Diritto, dello Stato, e della pena (ted.). Giessen 1813. — DUBOIS: Histoire du Droit Criminel chez les peuples anciens et les modernes. Paris 1845-1870, 5 vol. in 8. — LOISELEUR: Les crimes et les peines dans l'antiquité et les temps modernes. Paris 1863. — GUTIERREZ FERNANDEZ: Examen historico del Derecho penal. Madrid 1866, 1 vol. in 8.

3) Quale è l'indirizzo comune delle legislazioni penali moderne dalla riforma del secolo XVIII sino ai tempi nostri.

E poscia daremo fine a questa esposizione preliminare con brevi cenni storici sulla Legislazione penale vigente in Italia.

I.

Delle origini del Diritto penale dei popoli moderni.

§ 1. Tutte le direzioni speciali della umana destinazione malgrado la loro varietà han questo di comune che muovono ad uno stesso scopo supremo, come pigliano origine da uno stessso principio, che è l'unità dello spirito umano. Cosicchè avviene ciò che la scuola storica notò a ragione, cioè che in ogni epoca e presso ciascun popolo la coscienza giuridica trovasi in armonia con tutte le altre direzioni della coscienza nazionale (religione, arte, scienza, educazione, industria). Ora tre elementi presiedono alla vita dei popoli moderni: l'elemento antico che si compendia nelle vestigia del mondo romano, l'elemento germanico sorto dalle migrazioni dei barbari, e l'elemento del Cristianesimo come potenza superiore che armonizzò tra loro i barbari e gli avanzi della civiltà romana, e fondendo i Latini co'Germani presedette alla formazione della civiltà moderna. Così noi possiamo riconoscere nel dominio della legislazion penale come in tutte le altre branche del Diritto la triplice efficacia del *Diritto romano*, *del Diritto Germanico* o del *Diritto Ecclesiastico* — Vediamo perciò il principio che ciascuna di queste forme storiche ha affermato.

A) *Diritto Romano* (1).

§ 2. Roma è l'ultima parola della società antica. In ossa si

(1) Sigonius: De judiciis Lib. II, c. 26-33 (Op. omn. Mediol. 1739). — Gravina: De Ortu ac progressu juris civilis Romanorum. Napoli. — Invernizzi: De publicis judiciis. Romae 1787.—Rein: Diritto criminale dei Romani (ted.). Bonn. 1844 — Geib: Storia del Progresso Criminale dei Romani (ted.). Lips. 1840. — Walter: Storia del Diritto Romano, Lib. ult. Diritto Criminale, trad. ital., Torino 1852. — Zumpt: Il Diritto Criminale della Repubblica Romana, vol. 4 in 8., 1865-1869.

compendia tutta l'antica civiltà; ed essa serve di concatenamento tra il mondo antico e il mondo moderno — Alla civiltà antica essa aggiunge poi l'elemento suo proprio che è quello del Diritto — La giustizia penale anteriore alla romana ci porge due forme: l'orientale e la greca. Il diritto dell'Oriente è chiuso ancora nell'involucro religioso, in virtù del quale il maleficio è un'offesa della Divinità e la pena serve a placarla (1). In Grecia, se guardiamo le origini del Diritto penale, l'impronta orientale si rivela anco in esse; ma la Grecia non persiste in quel concetto religioso. La Grecia afferma qualche cosa che si emancipa dal principio religioso, cioè la società umana signora di sè stessa, il *demos*. Lo Stato che nella vita della Società è chiamato ad essere l'organo del diritto, si appalesa confuso con l'Idea che esso dee rappresentare, anzi precede nella evoluzione storica la coscienza di questa idea. Lo Stato e non più la religione è il fondamento della vita morale degli uomini. Ciò che giova allo Stato per menare gli uomini al compimento della virtù, e che esso stesso riconosce per tale, è il contenuto delle leggi greche (2). Roma riproduce tutto questo movimento, ma vi aggiunge il proprio.

§ 3. Il Diritto Penale nei primi tempi di Roma ci porge dall'un canto l'institnto religioso della *sacratio capitis* per il *parricidium* e per la *perduellio;* e dall'altro l'instituto politico della *provocatio ad populum* come a giudice supremo. Il concetto religioso dell'Oriente e il concetto politico della Grecia sono contemperati in questo primo stadio della civiltà giuridica di Roma, la cui prima espressione in una legge scritta è il Carme Decemvirale — Errano coloro che vogliono ravvisare nei primordi del Diritto Penale romano la vendetta del sangue alla maniera dei popoli germanici; nè ad essa alludono le parole: *si membrum rupit ni cum eo pacit talio esto;* imperocchè il *talione* non è la vendetta ma la misura grossolana della pena; e la

(1) Thonissen: Études sur le Droit criminel des peuples anciens. Brux. 1869, 2 vol. in 8.

(2) Platner: Il processo e le accuse presso gli Attici (ted.). Darmst. 1821, vol. 2 in 8. — Hermann: Su' principii del Diritto penale nell'antichità greca (ted.). Gotting. 1855, in 4.

condizione del *ni cum eo pacit*, mostra che certi reati ma non i *gravi*, non i *capitali*, erano rimessi all'arbitrio delle parti stesse. Intanto il concetto religioso si affievolisce sempre più, alla *sacratio capitis* succede *l'aquae et ignis interdictio* come pena gravissima per il *civis romanus*. Il popolo romano è legislatore e giudice ad un tempo; i comizi centuriati non solo fanno le leggi relative ai delitti, ma giudicano i delinquenti per virtù della legge Valeria — Questa forma di amministrare la giustizia cede a poco a poco il luogo alle delegazioni. Così sorgono le *quaestiones* o tribunali penali che poscia diventano permanenti (*quaestiones perpetuae*) per singoli reati sul fondamento di singole *leges*. Così apparisce la *serie* della *leges Corneliae* e quella delle *leges Iuliae*, che prese insieme formano il nucleo del Diritto Penale Romano, perocchè ancora le modificazioni posteriori si rannodano tutte ad alcuna di esse (1). — In queste il principio politico giunge per certi casi anco alla esagerazione. Onde la *maiestas populi romani*, e la *salus rei publicae* divengono i fondamenti del punire nei pubblici giudizi i gravi delitti. Che anzi il principio della inviolabilità dello Stato è portato così oltre da porgersi scritta a note di sangue la legge Giulia *de maiestate*. D'altro canto le *azioni pretorie* per i delitti privati che non interessavano la società intera, e la protezione degli interessi morali affidata al *potere censorio* mostrano che il Diritto penale propriamente detto, cioè quello dei *judicia publica*, era fondato sullo interesse dello Stato.

§ 4. Nel tempo imperiale il corrompersi del principio politico corruppe altresì le anteriori instituzioni relative alla giustizia punitrice. Ai tribunali popolari secondo le *leges judiciorum publicorum* a poco a poco sottentrarono i tribunali *extra ordinem* per giurisdizione delegata dall'Imperatore. Si esagerò così il concetto

(1) Le principali *leges* sono la *Lex Calpurnia repetundarum*, che diede origine alle *quaestiones perpetuae*, la *Lex Plautia de vi*, la *Lex Fabia de plagio*, le *Leges Corneliae: repetundarum, majestatis, de sicariis, de falsis*, le *Leges Iuliae* (Caesaris) *repetundarum, de vi, majestatis*, la *Lex Pompeia de parricidiis*, le *Leges Iuliae* (Augusti) *judiciorum publicorum, ambitus, de sacrilegio, de peculatu et residuis, de vi publica, de vi privata, majestatis, de adulteriis, de fraudata annona.*

giuridico come la punizione dei reati di maestà. E la penalità in generale prese una forma severissima così pe' liberi come per gli schiavi, solo ponendosi una distinzione di ceti sociali come efficace rispetto alla pena (*honestiores et humiliores*). I giureconsulti coltivando specialmente quella parte del Diritto Penale che si riferisce al Diritto privato poterono annunziare dottrine più conformi alla giustizia che non erano le determinazioni delle costituzioni imperiali. Ma ciò non toglie che il Diritto Romano imperiale rappresenti pure il corrompersi di quel principio politico che informava i precedenti instituti. Nè il Cristianesimo esercitò una influenza raddirizzatrice nelle instituzioni giuridiche di Roma, perocchè il mondo romano, privo di una forza vitale interna, non avea più potenza di assimilarsi i succhi vitali del novello principio. Il Cristianesimo sedendosi sul trono dei Cesari con Costantino soggiacque all'influenza romana in cambio di influire in esso. Il vero beneficio del Cristianesimo fu l'accelerazione della caduta dell'Impero, cioè di quella crisi dal cui seno son sorte le moderne nazioni. Così il Diritto criminale giustinianeo si porge come un misto di elementi buoni e cattivi, ma come l'espressione del principio che la *conservazione dello Stato è il fondamento della punizione* (1).

B) *Diritto Germanico* (2).

§ 5. Al cader dell'Impero Romano la barbarie invase l'Europa, ed apparvero i secoli di ferro dell'Umanità, in cui la tenebra dell'ignoranza e della rozzezza coprì le rovine della degenere

(1) Le fonti del Diritto Romano sono: GAII: Instit. III, § 182-285.— PAULI: Sent. recept. V, 13-37 — Codex Theodosianus, lib. IX (ed. Iac. Gothofredi et I. D. Ritteri). Lips. 1736 — Nov. Valentin. III, tit. 20 — Nov. Major. 8 — Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum tit. I, XII, XIII, XIV — Institutionum Iustiniani IV, c. 1 a 4; c. 18 — Digest. Lib. XLVII, e XLVIII (*libri terribiles*) — Codex repet. praelect. Lib. IX — Novellae Iustiniani 12, 14, 77, 177, 134, 141-143, 150.

(2) GRIMM: Antichità giuridiche alemanne. Gotting. 1828. — WILDA: Diritto Penale dei Germani (ted.). Halle 1842, 1 vol. in 8.— ROGGE: Dei giudizi appo i Germani (ted.). Landshut. 1820.— DAVOUD-OGHLOU: Histoire des Legislations

civiltà romana. I conquistatori appartengono alle razze germaniche. E la società europea rinnovata nei suoi elementi vitali soggiacque alle instituzioni ed ai costumi dei popoli vincitori. Così sorse un secondo elemento, cioè il Diritto Germanico. Il quale ha per fonti: 1) alcune leggi antichissime della Scandinavia, come il Gragas dell'Islanda, il Gutalagh di Danimarca, il Gulatding e il Frostathing de'Norvegi, e la legge di Ostgothland per la Svezia, 2) le *leges* che vennero compilate sulle antiche consuetudini dei Germani propriamente detti in barbaro latino, le quali col nome di *Leges Barbarorum* vennero raccolte dal Canciano; e finalmente 3) i *Capitolari* dei Franchi (1). In queste fonti si svolse quella coscienza giuridica dei Germani, la quale si era appalesata nei loro costumi antichissimi enunciati da Tacito, Cesare e Pomponio Mela. Il concetto religioso della penalità fu comune alla vita primitiva dei Germani. *Verberare, vincire, animadvertere non nisi sacerdotibus permissum* (ci dice Tacito) *nec ducis jussu, sed veluti Deo imperante.* Ma il Diritto Germanico aggiunse un'elemento suo proprio che nel Diritto Romano non si appalesa spiccato, quello cioè del valore dell'individuo; e questo principio individuale in esso appare come predominante, come fondamento di tutte le instituzioni penali.

§ 6. Nella mitologia germanica se Odino accendea l'ardenza dei combattimenti vi era pure Freyr o Frigga, la Divinità della pace. Il Germano vive di guerra. La società è una federazione d'individui. Il suo bisogno è la *pace*, la quale assicura la vita e le sostanze dello individuo (pace del Ding, pace dell'esercito, pace del Re, pace del domicilio). La pace è l'espressione dell'ordine e del Diritto — Colui che turba la pace perde la pace, *faidam portet.* L'impunità della sua uccisione da parte degli offesi genera la *Blutrache*, o vendetta del sangue. Contemporaneo

des anciens Germains. Berlin 1845, vol. 2 in 8. — TITTMANN: Storia delle Leggi penali Alemanne (ted.). Lips. 1832. — HAEBERLIN: Speculorum Saxonici et suevici Ius Criminale. Berolini 1838.

(1) TACIT. De moribus Germanorum. — CAESAR. De Bell. gall. VI, 13. — CANCIANI: Barbarorum Leges antiquae, vol. V. Venet. 1781-1792. — WALTER: Corpus Iuris germanici, vol. 3. Berolini 1824. — BALUZIUS: Capitularia regum Francorum. Paris 1677, vol. 2 — 1780 — Bas. 1796, vol. 2 in fol.

poi alla vendetta ed alla perdita della pace sorge il bisogno di correggere questa stessa condizione con un limite, ed ecco apparire il *veregildum* che *componit inimicitias*, e il *fredum* che vien pagato allo Stato come garentia della pace riacquistata. Non l'indennizzazione ma l'*umiliazione* era lo scopo del guidrigildo, che prima fu facoltativo, e poscia divenne un instituto. Solo nei fatti di tradimento al re ed all'esercito non vi fu guidrigildo ma uccisione del colpevole. *Proditores et transfugas arboribus suspendunt* (dice Tacito); e questo si perpetua nelle instituzioni posteriori, ed è pure una consecrazione del principio individualistico; il romper fede alla associazione che protegge l'individuo toglie all'individuo il diritto di essere rispettato, egli perde la pace innanzi alla società offesa (*exleges, forbannitio*). Ma quello che meglio mostra il principio individualistico che predomina nel Diritto Germanico è la pruova nei giudizi. Nei primi tempi era costume di risolvere con le armi talune quistioni; il che esprime appunto l'indole della razza, il confidare al proprio braccio il sostegno dei propri diritti. Poscia quando i Germani si convertirono al nuovo dogma, apparvero in quei tempi rozzi di fede superstiziosa i *giudizi di Dio*, le *Ordalie* (prove dell'acqua bollente, del fuoco, della croce ec.). Ma l'ultima forma che assunse il *giudizio di Dio* fu quella del *singulare certamen* o *duello giudiziario*. Le quistioni ebbero per suprema soluzione la sorte delle armi come un istituto giuridico. I contendenti divennero combattenti sia direttamente sia per mezzo di campioni. Il giudice proclamava la vittoria dietro l'esito della lotta; e il diritto della forza trionfò sulla forza del Diritto.

C) *Diritto canonico o ecclesiastico* (1).

§ 7. Come il Cristianesimo fu chiamato a fondare la nuova società europea, anche il Diritto proprio della società cristiana,

(1) TIBERII DECIANI: De jure Criminali Canonico (nel suo *Tractatus Criminalis*, Lib. II, c. 18, 19, 20, 21, 22).— BÖCKELMANN: De differentiis juris civilis et canonici.— CAVALLARII: Institutiones juris ecclesiastici. Neapoli.— FLEURY: Du Droit ecclesiastique.—WALTER: Diritto Ecclesiastico, 12.ª ed. Bonn. 1856.— DE L'ESPINAY: De l'influence du Droit canonique sur la Legislation française.

quel complesso di leggi che doveano regolare le attenenze religiose, e che prese nome di *Ius Ecclesiasticum* o *canonicum* (dai Canoni su cui si fondava) esercitò una efficacia nello svolgimento della giustizia penale. La Chiesa non potè non soggiacere a certe influenze della barbarie nel cui seno si trovava, ma depositaria del nuovo principio sociale, essa fece argine alla barbarie il più che fosse possibile. Epperò essa col *diritto di asilo* frenò le vendette sanguinose, essa combattè le ordalie e il duello giudiziario, e in nome della fraternità umana propugnò la pace tra gli uomini; essa nel Diritto suo proprio conservò certe tradizioni romane con l'istituto del foro ecclesiastico, e col beneficio di chiericato, essa co'suoi tribunali conservò come sacro deposito il principio delle giurisdizioni legittime e delle pruove. Ma anche col Diritto Penale che si venne costruendo nel suo seno essa ha renduto servigi importanti alla causa della giustizia (1).

§ 8. La Chiesa cristiana nel dominio della giustizia penale per le tradizioni religiose dell'ebraismo riprodusse il concetto religioso dell'espiazione verso la Divinità, ma nel riprodurlo lo trasformò secondo l'indole del Cristianesimo. L'espiazione doveva essere redentrice, e divenne *penitenza*. Abborrente dal sangue per propria instituzione, essa dovè considerare il peccato come la schiavitù e la morte dell'anima, e la pena come la sua redenzione e il suo risorgimento. Quindi altri concetti più spirituali sul delitto e sulla pena non che sullo scopo della punizione venne essa introducendo. « Quello che costituisce lo spirito del Diritto Penale Ecclesiastico in quanto appare nella sua purezza è la giusta retribuzione, il soddisfacimento mercè la sottoposizione del volere allo imperio della legge negata, per via di un castigo, e del pentimento, e del miglioramento che da

Toulouse 1834.— Rossmirt : Storia del Diritto nel Medio Evo (ted). Mainz 1846, tom. I, Diritto Ecclesiastico.— Gein : nel vol. primo del suo *Trattato di Diritto Penale* (§ 22 a 28).

(1) Le fonti del Diritto penale ecclesiastico sono: Regino : Libri duo de synod. causis et disciplinis; ed. Wasserschleben. Lips. 1840.— Del *Corpus Iuris Canonici*, poi: Decretum Gratiani Lib. I, II, passim — Decretal. Gregor. IX, Lib. V— Liber Sextus, V— Clement. V — Extravag. Ioann. XXII, 8-13 — Extravag. comm. Lib. V — Concilium Tridentium Sess. 13, 14, 24, 25.

esso sorge; ogni altra cosa è per esso conseguenza utile, e non fondamento della pena (1) ». Lo svolgimemto di questi concetti venne impedito dal corrompersi delle instituzioni ecclesiastiche, dalla persecuzione degli eretici col ferro e col fuoco, dalla così detta S. Inquisizione; ma in mezzo a questi mali la storia imparziale non può disconoscere il bene. Onde a diritta ragione se il Diritto Romano ci porge il principio sociale, e il Diritto Germanico il principio individuale come fondamento della punizione, nel Diritto Canonico per la efficacia del Cristianesimo troviamo consecrato, (sebbene non isvolto, anzi impedito) il principio sintetico e superiore dell'ordine morale in cui si armonizzano gl'interessi della società e quelli dell'individuo (2). Questa consecrazione, perchè è fondata sul concetto religioso ingenera imperfezioni e soprattutto la confusione del delitto con le immoralità e coi peccati, e la persecuzione dell'uomo per fatti che avvengono nel puro dominio della coscienza. Ma essa è il germe di progressi ulteriori. Egli appartiene alla civiltà giuridica dei popoli moderni lo svolgere quel germe, e purificandolo dagli influssi malefici di sordidi interessi che lo resero infecondo e talvolta funesto, rigenerare il sacro ministerio della giustizia penale. E però con ragione il Berner sentenzia: « Il Diritto Canonico non è il Diritto di questa o quella nazione, ma del genere umano; l'unico tipo comune di tutte le nazioni, il tipo ideale non di una data nazione ma dell'umana famiglia è il figlio di Dio. Sotto l'influsso cosmopolitico del Cristianesimo è surto il Diritto Canonico, esso non appartiene a nessun popolo esclusivamente o precipuamente. Esso è un Diritto generale europeo, è un elemento essenziale nello svolgimento della civiltà dell'Umanità intera (3) ».

(1) Abegg.

(2) Iudex punit non delectatione alienae miseriae, quod est malum pro malo, sed dilectione justitiae, quod est justum pro injusto, bonum pro malo (C. XXIII, quaest. 3, c. 1).

(3) Berner: Trattato di Diritto Penale 2.ª ediz. 1863, (ted.) § 43.

II.

Diritto Penale dal Secolo XII al XVIII (1).

§ 1. Se egli è vero che il Diritto Penale è lo specchio in cui si riflettono più nitidamente le condizioni della vita sociale e della coltura dei popoli, lo stato del Diritto Penale nel Medio Evo porse il più vivo riverbero dell'anarchia della società umana. La faida, la composizione, il duello giudiziario cioè il trionfo dell'individuo sono i dettati della giustizia penale in quei tempi di barbarie (2).

La Chiesa Cristiana fu la prima a dare un impulso alle moltitudini perchè l'anarchia morale della società feudale avesse termine. Benchè impotenti fossero i primi suoi conati col Concilio di Limoges nel 994 e con altri Concilii che esortarono a

(1) De Wal: Oratio de historia juris criminalis errorum humani ingenii teste prudentiae civilis magistra. Gotting. 1822.— Robertson: Introduzione alla Storia di Carlo Quinto. — Semichon: La paix et la trêve de Dieu. Paris 1857, in 8.— Ortolan: Introduction historique à l'étude de la législation penale. Paris 1841. — Rossnirt: Storia generale del Diritto Penale (nel 1° vol. della sua opera Storia e Sistema. Stuttgart 1838).— Frey: Observationes ad juris criminalis teutonici, praesertim Caroli C. C. historiam. Heidelb. 1825, in 8.— Sclopis: Storia della Legislazione italiana ult. ed. Torino 1863-64.— Stein: Storia del Diritto penale e del processo penale francese (ted.). Basilea 1846.— Brauchitsch: Storia del Diritto spagnuolo (ted.). Berlin 1852.— Maciejowski: Storia della Legislazione slava (russo). Varsavia 1832.— Elvers: L'antichissimo Diritto dei Russi nel suo svolgimento storico (ted.). Dorpat. 1826.— Reutz: Saggio sul perfezionamento storico del Diritto e dello Stato in Russia (ted.) 1846.— Lelewel: Essai historique sur la législation polonaise civile et criminelle jusqu'au temps des Jagellons. Paris 1830.— Gaiffier: De initiis et incrementis juris criminalis in Belgio. Lugd. Bat. 1820.— Kolderup-Rosenwinge: Schizzo di una Storia del Diritto Danese (trad. tedesca di Homeyer. Berlin 1825). — Philips: Storia del Diritto e dello Stato inglese dalla venuta dei Normanni (ingl.) — trad. in ted. 1822, 1825, vol. 2 in 8.

(2) Il miglior monumento che attesti i risultamenti cui pervenne il Diritto Penale nell'età di mezzo sono per appunto le *Assise del regno di Gerusalemme* compilate in sul cader del secolo XII. Di esse la più accreditata edizione è quella pubblicata a Parigi nel 1841 dal Beugnot.

giurare sulle reliquie dei Santi che per l'avvenire la pubblica pace non si turbasse, essa persistè con tenacità nell'opera della ricostruzione dell'ordine pubblico. E non potendo ottener la pace si contentò momentaneamente della tregua. Così la *Treuga Dei* o sospensione delle guerre private in taluni tempi dell'anno e in taluni giorni della settimana fu deliberata il 1043 a Costanza, e rinnovata a Colonia il 1083, e confermata dall'Imperatore Enrico IV a Magonza il 1085 (1) e rinnovata con le *paces profanae* da lui stesso il 1103, e da Enrico V Imperatore il 1104 a Bamberga e il 1125 a Liegi. Ma i nobili sprezzando la tregua proseguirono le contese private (2). Lo studio rinnovato in Italia del Diritto Romano (che era fondato sul principio dell'ordine giuridico) fu quello che rese possibile l'attuazione di un sistema in cui si ponesse fine alla guerra privata e si raffrenasse l'individualismo germanico nelle sue esagerate conseguenze. Un interesse del potere imperiale nella gran lotta del sacerdozio e dell'Impero suscitò questo studio; ma esso fu un mezzo provvidenziale per educare le razze germanice alla coltura *giuridica*. Federico Barbarossa con le due Costituzioni della pace territoriale fermò la necessità del cessarsi dalle violenze private ed inaugurò il sistema dell'ordine giuridico nella vita dei popoli. Le due Costituzioni furono l'una (a quanto pare) data il 1155 a Pavia, e l'altra nel novembre del 1158 alla Dieta di Roncisvalle.

« La tendenza delle leggi di pace pubblicate da Federico I Imperatore (dice il *Rosshirt* nella sua Storia del Diritto Penale) fu quella di porre argine all'erompere della violenza e della ruvidezza come a tutti gli eccessi per cui vien posta in pericolo la sicurezza della persona e dell'avere. — Questo Codice non abbracciava tutte le varie azioni punibili perchè solo suo scopo era l'attuazione della *pace comune* nella tendenza di protezione che era supremo ufficio imperiale. Perciò non tradimento, non falsità, non incontinenza, non incredulità vi si punisce, ma il porre a pericolo l'ordine e la sicurezza interna, e le lesioni nella per-

(1) Doc. ap. Pertz, Mon. t. IV, pag. 34.

(2) Abbas Uspergensis ap. *Datt*, de pace Imperii publica p. 13 n 35.

sona e ne' beni. In ordine a tali azioni l'Imperatore esprimeva il suo volere rigoroso. Nello spirito di quel tempo l'importanza precipua della giurisdizione laicale in ciò consisteva perchè gli altri fatti poteano essere facilmente repressi o dai Tribunali delle Corti del Baroni o delle città, o dai Tribunali ecclesiastici » (1).

Questa pace dell'Impero ebbe due risultamenti diversi nelle due regioni ove l'Impero al XII secolo stendeva la sua azione, cioè nell'Italia e nella Germania.

§ 2. L'Italia dopo l'unità romana, per cui fu dominatrice di vari popoli, rimase vinta dai popoli germanici. Ma l'elemento germanico vi si sovrappose senza fondersi nella sua vita. L'invasione atterrò l'Impero ma non ispense al tutto la tradizione nazionale dell'ordine civile. Il Diritto Romano non vi si spenso interamente, ma rimase tale che *per lungo silenzio parea fioco.* L'Italia per le sue tradizioni risollevò il suo capo di rincontro ai vincitori e rifece dal lato del Diritto e dello Stato la educazione dei popoli moderni, non pure mercè le sue leggi, ma altresì per opera dei suoi grandi giuristi. Essa intanto era spezzata nelle due parti dell'Italia superiore e dell'Italia inferiore, perchè tra l'una e l'altra parte come incubo si era posta sul suo cuore la potenza del Papato. L'Italia superiore ebbe libertà senza essera rafforzata dall'unità organica nazionale — L'Italia inferiore ebbe una monarchia vigorosa e civile ma priva di quel cemento che viene dalla libertà dei popoli. Eppure nell'una e nell'altra delle sue parti essa porse esemplari di ordinamento civile alle altre nazioni. Nell'Italia superiore apparvero gli Statuti municipali, le leggi delle città libere. Nell'Italia inferiore le *Constitutiones Regni Siculi* iniziate da Ruggiero il Normanno e compiute da Federico II in un Codice del 1231. — Gli Statuti delle città Italiane non sono per anco studiati nè valutati in tutta la loro importanza. Molti di essi sono ancora inediti. Essi fan propria la determinazione della Pace dell'impero, com'è chiaro dallo Statuto di Pisa del 1161. Ma oltre al principio della pace territoriale v'ha negli Statuti delle città italiane l'elemento del Diritto Ro-

(1) *Storia e Sistema del Diritto Penale alemanno* I, § 41.

mano e quello del Diritto Canonico; e sebbene la parte dominante nelle città si ostinasse a far valere il Diritto Germanico, pure a mano a mano vi si abolirono quelle instituzioni di esso che resisteano a costruire fatti migliori ; onde daccanto all'accusa vi si vede sorgere il processo inquisitorio. E fra queste leggi antiche dell'Italia non sono da trasandare le leggi di Eleonora Giudicessa di Arborea (Carta de Logu) per l'isola di Sardegna; ove si punisce l'omicidio, le percosse, le ferite, le violenze, le grassazioni, i furti, il danno, il ratto, la violazione del domicilio, il portar le armi in chiesa, il furto ecclesiastico, l'uso di documenti falsi, le false accuse, l'incendio; ed ove sono determinate le norme del procedimento ponendosi come regola l'accusa, riconoscendosi la necessità di una inquisizione in mancanza di accusatori, e specificandosi il dettato della inquisizione del cadavere degli uccisi con giurati locali. — Ma più efficaci alla costruzione di una legislazione nazionale furono le *Constitutiones Regni Siculi*. L'indirizzo di questo monumento legislativo fu la riedificazione dello Stato dal seno delle barbarie; perocchè non solo vi fu ravvivato il principio romano dell'autorità del Principe come espressione dell'unità dello Stato, abolendosi le giustizie feudali ed ecclesiastiche mercè Baiuli e giustizieri, ma il Diritto penale in ispecie vi fu ricondotto alla fonte romana abolendosi la violenza della guerra privata e il duello giudiziario; come pure vi si appalesò l'influenza del Diritto Canonico con l'introducimento del processo inquisitorio. Quando la Monarchia Sveva cadde dall'un canto, e le intestine discordie dall'altro infievolirono le Repubbliche italiane, l'Italia fu preda in breve tempo di stranieri conquistatori, e perduta la sua attività nazionale e legislativa conservò le sue tradizioni proprie nel campo della scienza e del foro.

§ 3. Quello che Federico Barbarossa ottenne in Italia non potè conseguirsi in Germania se non dopo una lunga e lenta elaborazione, perchè in Italia il concetto romano era indigeno, in Germania era qualche cosa di straniero. Così Ottone IV nel 1208 dovè riprodurre l'instituto della *pace territoriale* dello Impero. E Federico II col suo *Diritto di Magonza* del 1235 cercò rinnovare la legislazione del Barbarossa. Non di manco lo spiri-

to germanico ricalcitrava al principio della *pace*. Oltre di ciò l'Impero in Germania non era più forte, quando al cader degli Svevi fuvvi non solo l'interregno ma altresì una seguenza di Imperatori che trovavano in Germania tali condizioni da doversi sostenere col piaggiare anzi che con l'avversare il Papato. Onde l'individualismo germanico si protrasse. Lo *Speculo Sassone* e lo *Speculo Svevo* erano più fonti erudite che instituti praticamente osservati. Il *frastrecht* o diritto del più forte era la piaga comune della Germania per opera soprattutto del dissociamento feudale; e solamente le *leghe* delle varie città contro la prepotenza dei forti, e la *Vehma* o Tribunale Vestfalico fondato tutto sul *segreto* e come emanazione del *libero scabinismo*, punivano ciò che la legge non giungea a punire. A questo disordine pose termine in su la fine del secolo XV l'Imperatore Massimiliano; e lo potè, perciò che al suo tempo il Diritto Romano era stato già conosciuto ed accolto in Germania dai giuristi negli studi scientifici. Egli abolì il *diritto di disfida;* ed instituì la Camera Imperiale come giurisdizione centrale emanante dallo Stato. Carlo V poi nel 1531 diè fuori la *Constitutio Criminalis* che raccogliendo le tradizioni del Diritto Romano e del Diritto Canonico divenne il fondamento del comune Diritto Penale tedesco sino al secolo che corre, e dal nome del suo autore fu detta la *Carolina*. Questa Costituzione Carolina divenne pure il fondamento del Diritto penale comune nella Confederazione Elvetica.

§ 4. Questo movimento della società umana verso il concetto dell'ordine sociale mercè la *pace* si propagò dove più dove meno in tutte le altre contrade di Europa. In Francia il Principato cercò fin dal secolo XIII limitare col *diritto di appello* e con le *corti regie* l'autorità feudale. E gli *Stabilimenti* di Luigi IX, *il Santo*, cominciarono dallo abolire il duello giudiziario e le guerre private. Ma il tardo riuscire della Monarchia a vittoria nella sua lotta contro il feudalismo ritardò l'apparizione di un ordinamento civile saldo in cui sparissero le private violenze; onde la Francia accolse le tradizioni romane ed ecclesiastiche quando già queste erano state esagerate; e ciò forma il vizio inerente all'Ordinanza del 1530, ed a quella del 1670 sul procedimento

penale, che furono il fondamento del Diritto penale francese sino al finire del Secolo XVIII.

La Spagna fin da principio aveva avuto la *Lex Romana Visigothorum*, compilata nel V secolo. Nel IX essa passò al Diritto Germanico col *Forum judicum* (Fuero Juzgo) che pure si disse *Lex Visigothorum*. Per l'influenza del principio religioso essa accolse in tutta la sua estensione il processo canonico della inquisizione. Intanto fin dal 1165 una Legge del Re d'Aragona vietò la continuazione delle guerre private (1). E in Castiglia cominciò sin dai tempi di Alfonso X nel secolo XIII l'opera di un Diritto penale nazionale. Questo re pubblicò prima un volume di leggi cui è titolo *Fuero Real* nel 1254; e il Libro IV di questo Volume è consecrato alla legislazione penale. La feudalità castigliana lo respinse per le sue terre insieme con le altre compilazioni del *Septenario* e dell'*Espeio de todos los Derechos* (Specchio di tutto il Diritto). Ciò non ostante Alfonso X nel 1263 diè fuori come un Digesto del Diritto Spagnuolo col titolo *Las Siede Partidas*. Or tutta questa serie di leggi soggiacque all'influenza immediata del Diritto Canonico ed alla preponderanza ecclesiastica. Ed un monumento delle estreme conseguenze cui questi elementi sospinsero si ha nella Compilazione che Filippo II diè fuori nel 1566 col titolo di *Nueva Recopilacion de las leyes*, il cui ottavo libro è destinato alle cose penali, svolgendo la *inquisizione* e la *tortura* in tutte le loro forme più efferate. Siccome poi i Paesi Bassi erano sotto la signoria spagnuola, finchè non ebbe luogo con la rivoluzione il loro affrancamento, nel 1570 Filippo II vi pubblicò un *Editto* ed un'*Ordinanza* relativi alla punizione dei delitti.

§ 5. Gli Stati nordici d'Europa si conservarono per più lungo tempo stranieri alla influenza del Diritto Romano. Le Leggi scandinave di Upland e del Jutland sono improntate del Diritto Germanico. Nella Danimarca in cui apparve il 1660 la terribile *Lex Regia* che annientava ogni diritto del popolo ed ogni dovere del Principato, venne fuori un Codice detto *Danske-low* nel 1683, che rimase come fonte di legislazion penale fino al cadere del

(1) Zurita: Annali di Aragona (spagn.) I, p. 73.

secolo passato. Nella Svezia al 1734 appparve un Codice generale. Esso fu per lungo tempo il fondamento del Diritto penale svedese. La Russia come stanza propria degli Slavi non ebbe se non tardi una comunicazione con la civiltà europea (latino-germanica) e rimase indietro. Una compilazione di leggi fatta da Jeroslao nel 1116 col titolo di *Prawda Russkaia* consecrava puramente e semplicemente la *vendetta del sangue* come instituzione giuridica. Nè importanti progressi manifestò la legislazione penale russa con la compilazione data fuori da Ivano III nel 1497 sotto il nome di *Soudebnik*, nè con la *Uloshenie* che fu un primo Codice Generale dell'Impero dato da Alessio Michaelowitsch nel 1649. Solo con *Pietro il Grande* comincia ad insinuarsi nella legislazione penale russa lo spirito della civiltà europea come appare dalla sua legislazione penale militare del 1716 e del 1720. — Ma prima della Russia la Polonia aveva il suo Diritto Nazionale con lo Statuto di Vislica del Secolo XIV, ove il principio di libertà politica avea ingenerato il sistema della pubblicità delle discussioni, e della libera difesa, e la penalità contemperava il principio della composizione pecuniaria con quello della pena pubblica.

L'Inghilterra che dai puri elementi germanici, combinandone le varie forme storiche tra loro, svolse la sua vita giuridica e politica, rimase straniera alle influenze del Diritto Romano. Nel Secolo XII Eduardo *il Confessore* diè fuori una legge *De temporibus et diebus pacis* o *Treuga Dei*; ma le mancava il fondamento del Diritto Romano, che essa respinse. Quivi il Diritto penale ebbe la duplice forma di un Diritto Consuetudinario proprio degl'Inglesi (*common law*) e di un Diritto Speciale fondato negli Statuti dei vari re (*Statute law*). Ed in questo la penalità non ebbe verun principio razionale a fondamento, in guisa che al cominciar di questo secolo il Romilly potè dirla una mostruosità. Ma l'influenza della libertà nel procedimento inglese in materia penale lo rese estraneo alle tradizioni ecclesiastiche e imperiali; e si venne così svolgendo una delle più salutari instituzioni per la libertà delle persone, con l'atto di *habeas corpus;* ed a preservare la personalità umana da qualsiasi aggressione degli organi del Potere sociale, dietro lenta elaborazione

si formò il *giudizio per giurati*, il *giurì*, che è una delle più grandi manifestazioni del rispetto che è dovuto al diritto della personalità inviolabile dell'uomo ne'giudizi penali.

§ 6. Intanto di rincontro alle varie legislazioni speciali eravi un Diritto penale che può dirsi il Diritto Comune di tutte le nazioni europee dal Secolo XVI fino ai novelli codici. Dall'un canto il Diritto Romano Giustinianoo sempre più divenne efficace, e dall'altro il Diritto Canonico si era venuto ampliando di maniera che la collezione delle sue leggi, a simiglianza delle romane che formavano il *Corpus juris civilis*, prese nome di *Corpus juris canonici*. Ma un elemento non meno efficace ed autorevolo del Diritto Romano e del Diritto Canonico, a preparare la fusione delle varie fonti legislative, fu l'elemento della giurisprudenza pratica, che servì ancora come fonte del Diritto. La scuola di Bologna non pure era stata iniziatrice di un movimento scientifico, ma ebbe efficacia anco nella vita pratica del Diritto, perocchè i *Glossatores* erano addetti ad applicare le leggi ai casi della vita, e quando sorsoro studi più maturi l'esegesi divenne il centro di ogni sapere giuridico. Il nome d'interpetri fu preso dai Giureconsulti i quali si divisero in *Civilisti*, *Canonisti*, e *Doctores utriusque juris*. Così un Giulio Claro, un Farinacio, un Deciano, un Carpzovio, un Damhouderio, un Mattei, un Caravita, un Ayrault, un Rousseaud de la Combe divennero come autorità legislative; perchè su'brani delle loro interpetrazioni del Diritto Romano o del Diritto Canonico, o delle leggi e delle usanze del foro si elevarono le sentenze di assoluzione o di condanna; ed anche lo stesso *usus fori*, come *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* fu elevato a legge quando parecchi scrittori si diedero a raccogliere delle decisioni, ove posteriori giudici attinsero le norme del loro giudicare. Sarebbevi stato immediato progresso se la scienza vera avesse avuto efficacia su la vita; ma altro è la scienza del Diritto ed altro è la casuistica forense che rappresentava la servilità dell'intelletto verso l'autorità degli usi e delle opinioni d'altrui.

§ 7. Da queste fonti sorse una caratteristica comune per il Diritto penale di quel tempo, la quale accennata nei suoi lineamenti supremi ci esime dal contemplare le singole legislazioni.

Innanzi tutto il principio dominante sembra essere una vigorosa repulsione contro lo spirito d' individualità che avea prodotto il disordine e l'anarchia sociale del Medio Evo, sicchè tutto si considerava come lecito a nome della ragion di Stato quando era diretto contro i nemici della pubblica tranquillità. L' individualità umana cadendo nel delitto o nel sospetto di essere colpevole traeva su di se tutto l'orrore che il delitto inspirava. E se della legislazione draconiana e della corneliana si disse che erano scritte a note di sangue, non meno feroci furono gl'instituti penali dal secolo XII al XVIII per comprimere ogni movimento dell' individualità nel campo della vita sociale. La legge penale poi era incerta, contraddittoria, non vestita di eguale efficacia su tutti, lasciava impuniti parecchi fatti rimettendoli all'arbitrio del giudice, senza freno di sorta; onde nacque ogni maniera di disordine. Il malefizio non era guardato dal puuto di vista della conculcata giustizia ma da quello degl' interessi sociali. Quindi la punizione severa dei delitti di religione, quindi l'atrocità della Legge Giulia *de Majestate*, estesa a parecchi atti cui quella in origine non era stata riferita: quindi la punizione di atti interni che offendono la morale, penetrandosi così nell'interno del pensiero. L' Inferno Dantesco può rendere immagine delle pene di tale età, le quali erano adoperate come strumento di vendetta sociale e di terrore. Una prodigalità di supplizii, di punizioni eccessive e crudeli (come l'esagerazione della morte col fuoco, col dilaniamento, con la ruota, con la strangolazione, con la sepoltura del vivo, col culleo e col vivicomburio dei Romani, con lo strappamento delle viscere, col trascinamento, con le tanaglie, con l'olio bollente, col piombo liquefatto, col maltrattamento dei cadaveri dei giustiziati), ed oltre a ciò la mutilazione, il marchio, la frusta non solo violentarono il corpo ma la coscienza e la moralità degli uomini. Alle quali atrocità si aggiunse la confisca con l'adagio: chi confisca il corpo confisca i beni. D'altro canto la penalità seguiva per anco gli avanzi del sistema di abusi feudali; perocchè cadeva inegualmente sulle persone di ceto disuguale, cadea per alcuni casi non solo sul reo ma altresì sugli innocenti figliuoli e discendenti del reo; e quasi sempre era spro-

porzionata verso il delitto, imperocchè vedeansi puniti di morte dei malefizi contro la proprietà o alcune delle regalie. E finalmente vi erano le pene straordinarie lasciate all'arbitrio del giudice e dette anco arbitrarie; quantunque la Giurisprudenza ritenesse che la pena data dal giudice non potea mai giungere sino alla morte. E come corona a tutto ciò l'infamia è annessa a talune pene, o apposta come una pena principale.

§ 8. Ma quello che più rappresenta in questo periodo l'eccesso del principio sociale e l'individualità conculcata è il procedimento penale secondo i pronunciati comuni accolti in Europa. Ad eccezione sta il popolo inglese, che se nella penalità presenta le stesse crudeltà degli altri popoli, si discosta da essi per le guarentigie che ebbe l'individualità umana nella conservazione dell'*habeas corpus* e nello esplicarsi dello instituto dei giurati (*jury*), quantunque ci siano stati tempi eccezionali anco in Inghilterra come furono i tempi della Camera Stellata. In tutta Europa poi predomina il processo inquisitorio col segreto della investigazione scritta, in cui manca ogni guarentia di difesa, ogni discussione; in cui tutto è viluppato nel mistero, tutto è diretto contro colui che è sospetto di reità, quasi che fosse convinto colpevole, tutto è lasciato all'arbitrio del giudice inquisitore e del suo Cancelliere o Scrivano. E con questo sistema diviene più generale quell'antico istituto della confessione da estorquere mercè la *quaestio* o tortura in caso di indizii contro un imputato, con ogni maniera di tormenti; nel che divenne fatto consueto quel che dicea Tacito: *fatendum erat ne frustra quaereretur.* Insomma il pensiero dominante di tutte le istituzioni penali di questa età si può chiudere in quel detto: *Purchè il reo non si salvi il giusto pera, e l'innocente* — Vero è che la giurisprudenza vollo frenare l'arbitrio dei giudici col sistema delle prove legali, determinando *a priori* la credibilità piena o semipiena delle medesime. Ma egli era già un errore logico il voler sottoporre a comandi la coscienza dell'uomo intorno la verità dei fatti: onde quel cumulo di dottrine sulle pruove, sugli indizii, sul loro valore, legava la coscienza del giudice forzandolo bene spesso o a condannare l'innocente o ad assolvere il reo. E sebbene le transazioni tra il fisco e il giudica-

bile in caso d'incertezza fossero un presidio dalla tortura, pure snaturarono il carattere di indeclinabilità della giustizia penale.

§ 9. Intanto vi ha, in mezzo a tutte le funeste determinazioni che assunse in quel tempo il Diritto Penale, qualche cosa di buono ed utile, che costituisce ciò che era destinato a rimanere per collegarsi alle riforme della giustizia penale. Lo Stato dee perseguire la violazione del diritto commessa dall'uomo; ecco la formola che quel tempo arrecò negli instituti penali, avvegnachè la opinione generalmente dominante fosse quella che ciò incomba allo Stato per tutelare la propria esistenza. E pertanto egli è incontrastabile che alcuni dei principii affermati in quell'età, quando sono intesi nel significato più eminente, ma limitato entro i necessari confini, formano e debbono formare una conquista del Diritto Penale pei tempi posteriori Così sorsero tre istituzioni, egualmente soggette agli abusi, ma egualmente necessarie all'attuazione della giustizia punitrice: 1) l'azione pubblica ovvero la persecuzione del delitto appartenente *ex officio* al potere dello Stato, in nome di tutti, sicchè si va sempre più restringendo in angusti confini il sistema delle remissioni e transazioni che rendono dipendente dalla volontà degli individui la punizione del delitto; 2) i giudici permanenti come interpetri della legge penale che sono investiti dallo Stato del potere di giudicare, e distinti dall'accusatore, benchè allora confondessero in sè l'officio del ricercare le pruove e quello del giudicare sulle pruove raccolte; 3) l'istruzione scritta e segreta delle pruove, che è preparazione necessaria al giudizio criminale, quantunque in quell'età fosse stata l'unico elemento di convinzione per assolvere o condannare. Questi elementi son destinati a sopravvivere al naufragio delle vecchie instituzioni, come condizioni necessarie alla giustizia penale ed alla sua diritta amministrazione. Ciascuno di essi, se rimanesse senza la limitazione che l'età posteriore vi ha recata, ingenererebbe mali assai gravi; ma innestati a'novelli instituti giuridici che il progresso della civiltà ha apportati, essi producono conseguenze salutarissime ed appagano le più giuste esigenze (1).

(1) V. Allard: Histoire de la justice criminelle au XVI siècle. Gand 1868.

III.

Del Diritto penale dalla seconda metà del secolo XVIII sino ad oggi (1).

§ 1. Nella prima metà del secolo XVIII la giustizia penale porgeva in Europa il più tristo spettacolo; incertezza e confusione nelle leggi e nella interpetrazione di esse; rigore ed atrocità nelle pene, esagerata incriminazione, conculcazione di ogni diritto dell'umana individualità nei giudizi penali. Gli eccessi erano portati al colmo, perchè ogni secolo aveva accresciuto il patrimonio funesto che era stato ereditato dal passato. Ma nel secolo XVIII per appunto l'individualità umana sorse a chieder conto alla società della ragion di essere delle pene, pose in problema la legittimità dell'azione sociale sui diritti dell'individuo, mise a disamina se abbia o non legittimo fondamento

(1) Gokinga: Dissertatio de incrementis doctrinae juris criminalis inde a saeculo duodevigesimo media jam parte elapso. Groning. 1826.— Marus van Swinderen: De studio quod legislatores inde a saeculi XVIII parte posteriori in legibus criminalibus emendandis ac reformandis posuerunt. Groning. 1827. — Birnbaum: De peculiari aetatis nostrae jus criminalis reformandi studio et legumlatoris in ea re conficienda proprio munere. Lovanii 1848.— Ortolan: Intraduction historique au Cours de Législation pénale comparée (Histoire du Droit Criminel en Europe depuis le XVIII siècle jusqu'à nos jours). Paris 1841.—Mittermaier: La legislazione penale ne'suoi progressi (ted.). Heidelberg 1841 a 1843, 2 vol. in 8.— La Procedura penale nei suoi progressi (ted.). Erlangen 1856.—Dissertazioni varie sulle condizioni e sul movimento del Diritto Penale in Europa ed in America nell'*Archivio del Diritto Criminale* (nuova serie) e nel *Giornale critico per la legislazione straniera*.—Königswarter: Quadro dei progressi della legislazione penale in Europa nel secolo XIX (Memorie sulla legislazione penale dei Paesi Bassi, pubblicata nella Raccolta cui è titolo: *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*. Paris 1860. — Nypels: Introduction historique sur les lois pénales publiées en Europe depuis la fin du XVIII siècle. — Le Droit pénal français comparé Appendice à la *Théorie du Code pénal* par Chauveau et Hélie). Bruxelles. 1845 (2.ª edit. 1864.

l'instituto sociale del punire (1). Già fin dal secolo XVII l'Inghilterra nei suoi instituti politici era stata come un asilo del diritto dello individuo mercè la rivoluzione del 1688 ed il *Bill dei Dritti*. Le dottrine dell'Hobbes e del Locke avean fatto della società un instituto creato dal *patto* di coloro che ne formano parte, un mezzo di assicurazione alla persona ed alla proprietà individuale. Il secolo XVIII poi in generale è quello in cui la coscienza dell'individualità umana e del suo valore venne aggrandita, in cui la società fu dominata dallo spirito della filosofia francese come negazione del passato e delle sue tradizioni. Oltre a ciò lo spirito di investigazione disimpedita del vero da due secoli avea slanciato l'intelletto umano in un vasto campo di ardite speculazioni, sicchè l'uomo aveva acquistato per così dire la coscienza della sua forza e del suo diritto. Nè vuolsi tralasciare che fin dal secolo XVII erasi venuta costruendo la scienza del Diritto Naturale che avea cominciato a scandagliare i più alti problemi sociali e a tentarne delle soluzioni; il che non potea non avere un'efficacia sul Diritto Penale che immediatamente si rannoda ai principii del giure universo.

§ 2. In queste condizioni propizie ad una grande riforma della giustizia penale apparve il libro di Cesare Beccaria, cui è titolo: *Dei delitti e delle pene*. Il quale risalendo al pronunciato dominante dei suoi tempi, che la società è formata dagli individui, che essa è formata per convenzione dei medesimi, e che i suoi diritti sono ad essa ceduti dagli individui stessi, fondò il Diritto Criminale sulla cessione del diritto di punire fatta nella voluta *convenzione sociale*. Il Beccaria aggredì vigorosamente il triplice fonte del Diritto Romano, del Diritto Canonico, e della *auctoritas doctorum*; stigmatizzò con la sua eloquente parola le pene capitali, la tortura, le pene infamanti,

(1) « La seconda metà del secolo XVIII (dice il Nypels) segna nella storia del Diritto Criminale il cominciamento di un'era novella. Le leggi criminali che reggono le varie contrade d'Europa successivamente si dileguano per cedere il luogo a codici novelli fondati sovr'altri principii. La scienza del Diritto Criminale si svolge rapidamente e dà nascimento ad opere che non possono sotto veruno aspetto esser confuse con quelle del periodo antecedente ». *Bibliotheque choisie de Droit Criminel*. Bruxelles 1864, p. 26.

il processo inquisitorio, e dedusse da tutto questo la necessità di una mitezza nelle pene, di maggior conformità delle leggi punitrici alla giustizia, di maggior rispetto a'diritti dell'uomo individuo ne'giudizi penali. L'apparizione del libro *Dei delitti e delle pene* non fu un momento individuale nella storia della scienza, ma un avvenimento sociale, una rivoluzione. Chè anzi esso era la rivoluzione stessa, la quale prima di aggredire l'autorità nelle sue radici, l'aggrediva nei suoi eccessi che sono più appariscenti (1). Ed ecco alla voce del Beccaria aggrupparsi dietro a lui un gran numero di scrittori, propugnando tutti l'umanità e la dolcezza nelle pene, e le guarentigie del diritto individuale nell'amministrazione della giustizia punitrice. Lo scritto del Beccaria fu tradotto e chiosato presso varie nazioni; parecchie Accademie formolarono quesiti con promessa di premio sui modi di migliorare le instituzioni penali; e tanto ebbe di efficacia la voce dei propugnatori della riforma penale che opinione generale addivenne quella dell'*umanità* come indivisibile compagna della *giustizia* nella punizione dei delinquenti. E questo impulso della coscienza sociale trasse seco parecchi principi a mettere un freno agli errori del passato. Così le Istruzioni di Caterina 2ª Imperatrice delle Russie, i miglioramenti di Federico di Prussia, la riforma della penalità iniziata in Austria da Giuseppe 2°, la Prammatica del 1774 pubblicata a Napoli per la motivazione delle sentenze, l'ordinanza di Luigi XVI in Francia del 1780 per l'abolizione della tortura, e soprattutto l'esemplare Riforma Leopoldina del 1786 per la Toscana segnano il movimento di innovazione, il cui comune principio si è questo che l'individuo come scopo dell'ordine sociale vuol esser rispettato in tutte le forme della sua vita, sicchè la pena non abbia mai a cancellare in colui che vi soggiace la nota di un essere morale. « Abbiamo finalmente riconosciuto (disse Pietro Leopoldo nel Preambolo della sua ordinanza su la Ri-

(1) « Cesare Beccaria (dice lo Hélie nel libro citato a pag. 31) è stato il vero riformatore delle nostre leggi penali. — Cf. Villari: *Discorso sulla vita di Beccaria* premesso all'edizione delle opere del medesimo. — Firenze 1854. Ma il lavoro migliore intorno all'autore del libro *dei delitti e delle pene* è quello di Cesare Cantù cui è titolo: *Beccaria e il Diritto Penale*. Firenze 1862.

forma delle Leggi penali), che la mitigazione delle pene congiunta con la più esatta vigilanza per prevenire le ree azioni, e mediante la celere spedizione de' processi e la prontezza e sicurezza della pena dei veri delinquenti, invece di accrescere il numero dei delitti ha considerabilmente diminuito i più comuni, e renduto quasi inauditi gli altri ».

§ 3. Intanto il movimento delle riforme per opera dei Principi stessi fu superato da un avvenimento straordinario, dalla rivoluzione francese del 1789, la quale atterrò tutto l'edifizio delle vecchie instituzioni per ricostruire la vita sociale su novelli fondamenti. Le prime leggi del tempo della rivoluzione furono il Codice del 1791 e quello di brumaio dell'anno IV. Si cominciò dal negare al giudice ogni potere illimitato per salvare l'uomo dal soggiacere all'arbitrio dell'uomo. E se il principio d'intimidazione si perpetuò, passando dall'essere organo di assicurazione della società per sè medesima, all'essere mezzo di assicurazione della vita individuale col proteggere le leggi sociali, pure nei giudizi, di rincontro all'*azione dello Stato*, al giudice permanente, all'*investigazione scritta e segreta della pruova* si consecrarono i principii della *pubblica discussione*, del *libero giudicio di fatto*, della *legalità* dei procedimenti giudiziali. Nel 1808 poi apparve un nuovo Codice di Procedura Penale, e nel 1810 il *Codice dei delitti e delle pene*. Questi Codici fatti sotto l'impero consecrarono parecchie instituzioni rispondenti alle esigenze del nuovo tempo, ma risentivano l'efficacia del dispotismo imperiale, e quella delle dottrine utilitarie del tempo. Il pensiero dominante in essi fu la prevenzione dei delitti mercè il timore del castigo, misurandosi la gravità dei delitti non dal punto di vista intrinseco della giustizia violata, ma da quello estrinseco dei pericoli che traggono seco. Per l'efficacia che esercitò la Francia in parecchie contrade di Europa sino al 1815 i Codici imperiali divennero legge, come nell'Olanda, nella Svizzera, nelle contrade renane, nel Ducato di Varsavia ed a mano a mano in tutta Italia.

Contemporaneo poi a questo movimento in Francia fu quello della Germania, che senza rinunziare alla Carolina come a fonte del Diritto penale comune, cominciò ad avere legislazioni pe-

nali pe'singoli suoi Stati. Così sursero il *Landrecht* del 1793 per la Prussia, il Codice penale del 1803 per l'Austria e il Codice penale di Baviera formolato dal Fuerbach nel 1813. E tutte queste legislazioni risentirono l'efficacia dei nuovi tempi; che anzi il Codice bavaro del 1813 portò ad esagerazione il concetto dell'intimidazione—Nel 1805 ebbe luogo por la Spagna una revisione delle sue leggi nella *Nuevissima Recopilacion de las leyes de Espana*. Ma negli stati nordici di Europa niun mutamento ebbe luogo nella legislazione tranne per qualche parziale disposizione.

§ 4. Quando sotto il pretesto della revindicazione delle nazionalità negate dall'Impero, la rivoluzione fu compressa dalla Santa Alleanza, tacque in Europa per vari anni il movimento legislativo. In qualche Stato italiano per odio della rivoluzione si ritornò alle leggi del secolo XVIII ad essa anteriori, come avvenne negli Stati Sardi. Solo nell'Italia meridionale la restaurazione non ispense certe conquiste della rivoluzione segnatamente nel dominio delle leggi; essa le limitò, le compresse, le violò, ma non ebbe la forza di abolirle. E nel 1819 insieme coi Codici della ragion civile e commerciale apparvero il Codice Penale e il Codice di Procedura Penale che segnarono un momento di vero progresso nella penalità rispetto al Codice del 1810, benchè fossero un regresso rispetto al Codice di Procedura Penale francese del 1808. Ma se in Roma si arrestò il movimento di riforma della giustizia penale, esso ebbe un largo campo di progressi nella giovane vita dell'America sotto il benefico influsso della libertà politica non perturbata. L'America ha studiato e svolto una riforma radicale che fu iniziata in Italia fin dal secolo XVII, e che si compendia in quella formola scritta da Clemente XI sull'Ospizio di S. Michele a Roma: *Parum est improbos coercere poena nisi probos efficias disciplina*. Questa riforma dicesi *penitenziale* perchè, indirizzata alla rigenerazione del delinquente per mezzo del contenuto stesso della pena, si propone come scopo immediato risvegliare in lui il pentimento e la coscienza morale. L'isolamento dei detenuti, sia secondo la prima forma rigida del sistema filadelfiano, sia secondo le forme temperate del sistema d'Auburn e di quello di Cherry-Hill che pigliò il nome

di neofiladelfiano, divenne negli Stati-Uniti argomento di studi e di pratiche applicazioni. Fra' legislatori americani ve ne ha uno che sovra tutti è degno di special menzione; egli è Eduardo Livingston autore della legislazione penale per la Luigiana. Il quale fondò la penalità sovra basi assai semplici, cioè negazione della proprietà, negazione della libertà, negazione dell'eguaglianza, e lavoro obbligatorio, escludendo la pena di morte. Onde le sue proposte legislative ebbero una efficacia rigeneratrice nelle leggi penali americane. I vari Codici dei singoli Stati, cioè quello di Connecticut del 1830, quello d'Indiana del 1831, quello di Georgia del 1834, quello di New-Iersey del 1834, quelli di New-York e di Massachusets del 1836, quelli di Illinois e di Rhode Island del 1838, quello di Mississipi del 1839, il Codice di Virginia del 1849, e l'ultimo del 1860, per la Pensilvania, seguono più o meno l'impulso dato dal Codice della Luigiana. Nè son da trasandare i Codici dell'America meridionale tra'quali meritano special menzione il Codice di Bolivia e il Codice penale del Brasile pubblicato il 1831.

§ 5. La rivoluzione della Grecia, e poco dopo la rivoluzione di luglio del 1830 in Francia, e quella che le tenne dietro nel Belgio ravvivarono il principio del progresso civile; e il movimento di riforma della giustizia penale riprese il suo corso. Questo movimento si inaugurò con la riforma francese del 1832, la quale non tutti introdusse nella legislazione penale quei miglioramenti che la scienza e la pratica avean chiariti necessarii, perocchè si rimase ad una *mitigazione delle pene*. Nel 1832, sì l'Olanda come il Belgio incominciarono l'opera di riforma dei Codici che aveano avuti dalla Francia. Come pure in Inghilterra si cominciò per opera di Samuello Romilly, Geremia Bentham e Lord Brougham a manifestare fin dal 1825 il desiderio che le leggi penali severissime fossero rendute più miti ed umane — Ma un altro elemento esercitò vigorosa efficacia a meglio indirizzare la riforma della giustizia penale dopo il 1830. Le scienze sociali soggiacquero ad una grande trasformazione che derivò ad esse da una trasformazione degli studi filosofici. Le dottrine spiritualistiche della Germania (Kant, Fichte, Schelling, Hegel, Krause) fecero sì che in Europa le concezioni fondamentali sul Diritto

uscissero dalla cerchia angusta dell'utilitarismo; i veri morali furono avvisati come fondamento delle discussioni giuridiche e politiche; ed una nuova vita cominciò a manifestarsi nel movimento progressivo della legislazione penale.

§ 6. La Germania inaugurò la novella era col Codice di Sassonia del 1838 e col Codice del Würtemberg del 1839; e questi codici non poteano non arrecare progressi, come Codici discussi in seno ai Parlamenti. A questi succedettero il Codice di Braunschweig, e quello di Hannover nel 1840, il Codice di Assia e quello di Sassonia Altenburg nel 1841. Il Gran Ducato di Baden e la Prussia cominciarono ad elaborare nuovi Codici. Dopo la rivoluzione del 1848 parecchi Codici sono sorti in Germania; e sono il Codice degli Stati Turingii del 1850; il Codice di Baden e quello di Prussia del 1851, il Codice Austriaco del 1852, il nuovo Codice di Sassonia del 1855 e il nuovo Codice di Baviera del 1861. Ma in Germania è apparso un altro movimento, cioè quello della introduzione del Giurì e del sistema di pubblicità ed oralità ne'giudizi penali, alle quali cose quella nazione pareva avversa da prima per l'efficacia della *Constitutio criminalis Carolina.* Oggi la Germania per mezzo dei suoi giuristi aspira ad un Codice penale comune che sia come il supremo risultato dei numerosi Codici che essa ha prodotti. L'idea comune ai nuovi Codici tedeschi, come notò l'Haeberlin, è quella che la legislazione penale dee proteggere nello Stato l'ordine giuridico e che questo costituisce l'immediato fondamento giuridico della pena (1).

§ 7. Questo nuovo movimento di Codici non pure ha luogo in Germania ma anche negli altri Stati. Nel Belgio dall'un canto si è provveduto con leggi modificatrici dei Codici francesi del 1808 e del 1810 ai bisogni urgenti, ma dall'altro si è venuto alla formazione di un Codice, e dopo lunghe discussioni venne fuori il nuovo Codice penale del 1867.—E nell'Olanda del pari varie leggi sono state pubblicate come modificazioni al Codice penale francese, tra le quali è da noverarsi la legge del 24 Giugno

(1) Principii del Diritto Crimin. secondo i nuovi Codici pen. ted. vol. I, § 9.—Berner: La Legisl. pen. in Germania dal 1751 finora (ted). Berl. 1867.

1840 sulla parte generale del Codice penale. — In Isvizzera si sente sempre più potente il bisogno di una legislazione rinnovata, specialmente dopo che con l'atto di mediazione del 1803 cessò di aver vigore il Codice penale federale del 1799 che era il Codice penale francese del 1791 con la sola modificazione di aver pene non fisse ma graduabili. L'attività legislativa dei vari Cantoni Svizzeri si va sempre più svolgendo; e ce lo addimostrano il Codice penale di Zurigo del 1835, il Codice penale di Basilea del 1835, revisione del precedente Codice del 1821, modificata nel 1846, cui seguì nel 1862 una nuova legge di procedimento, il Codice di Lucerna del 1836, il Codice di Turgovia del 1841, il Codice penale del Cantone di Vaud del 1843, cui tenne dietre nel 1850 il Codice di Procedura Penale, il Codice di Friburgo del 1849, il Codice del 1851 per il Cantone dei Grigioni, la Legge penale di Neuchâtel del 1854 e i Codici di S. Gallen ed Argovia del 1857. — Nella Penisola Iberica abbiamo il Codice spagnuolo del 1848, che venne riformato nel 1850, il Codice Portoghese del 1852 e la revisione di questo che al dì d'oggi è in punto di venire tramutata in legge.— Nella Penisola Scandinava varie leggi vennero a modificare le antiche per mettere d'accordo con le esigenze della civiltà giuridica la legislazione. Così in Danimarca apparvero come modificazioni del *Danske-low* la legge del 1833 su' delitti contro le persone, la legge del 1840 su'delitti patrimoniali e sul falso, e una legge del 1841 sul delitto d'incendio. Nella Norvegia troviamo il Codice penale del 1842 che è tuttora in vigore. E per rispetto alla Svezia dopo parecchie leggi modificatrici del Codice del 1734, come la legge del 1835 sul furto e sulla rapina, e quella del 1861 su'reati di sangue e il duello, è venuto fuori un Codice penale compiuto nel 1864. — La Grecia ebbe nel 1834 un Codice penale formato in parte sul francese ed in parte sul bavaro del 1813. Nè vuolsi trasandare il Codice penale della Vallachia. Anche la Turchia nel 1840 ebbe un Codice penale diretto a fissare le varie pene per i vari reati, a rendere eguali tutti innanzi alla legge, ed a circoscrivere l'arbitrio dei giudici. Nel 1845 apparve il Codice penale russo che accolse i principii della proporzionalità delle pene ai delitti e del freno agli arbitrii, e che

pose l'accusato sotto la sola efficacia delle leggi. Esso fu completato da una legge del 1862 sul riordinamento giudiziario.— Nel 1852 poi apparvero su le basi del Codice penale napolitano le Leggi Criminali per l'Isola di Malta, a cui si aggiunsero le Leggi per i giudizi penali, le quali contengono una sagace institazione del giurì che più si approssima al tipo inglese che non al francese. E quella Inghilterra che nel 1829 richiamava su la sua legislazione penale il biasimo per la ferocia e la mancanza di proporzione tra la pena e il reato, dopo molti anni di studi è venuta, se non ad un Codice, ad una *Consolidazione e Revisione* dei suoi Statuti, come si scorge dagli Statuti del 1861 della Regina Vittoria; e questa ultima apparizione legislativa è della più alta importanza addimostrando quanto si trovi innanzi l'Inghilterra nel miglioramento delle instituzioni penali.

§ 8. Se noi guardiamo nel tutto insieme dei risultati comuni il movimento legislativo del Diritto Penale nel Secolo XIX, noi possiamo rilevare le seguenti note caratteristiche che formano il comune indirizzo delle varie legislazioni.

I. La legge è chiamata a frenarvi l'arbitrio del giudice quanto a severità; ma dal punto di vista della diminuzione della pena il comune concetto è di lasciare il più che si possa di larghezza al giudice.

II. Le legislazioni han meglio studiato le condizioni essenziali dell'azion criminosa in generale, e le sue varie accidentalità in ordine alla qualità e quantità di materia punibile.

III. Il sistema penale sempre più si spoglia dello elemento grossolano e feroce delle età anteriori; sicchè la pena di morte si va sempre più menomando nei casi di applicazione, il sistema penitenziale allarga sempre più la sfera delle sue conquiste, e le pene mutilatrici e le infamanti, e le battiture sono concordemente eliminate dal sistema penale dei Codici diversi.

IV. Le giurisdizioni sono meglio ordinate e distribuite in guisa da potersi costruire a compiuto organismo per l'amministrazione della giustizia; e sempre più si riconosce la necessità di un Tribunale Supremo, che senza esaminare le quistioni di fatto e senza pronunciare nel merito, riconduca all'osservanza del Diritto quei pronunciati giudiciali che se ne discostano.

V. L'instituziono dei giurati si estende sempre più per il numero degli Stati che l'accolgono, in guisa che può dirsi quasi un elemento comune alle varie legislazioni penali odierne. La Gran Bretagna, il Belgio, la Francia, la Grecia, il Portogallo, la Germania, l'Italia e persino la Russia accolgono una tale instituzione come suprema garentia, senza noverare l'America settentrionale, ove quell'instituto ha le più salde radici.

VI. La santità delle forme giudiciali protegge il diritto sociale e il diritto individuale, mirando a fare che la verità spicchi nella sua luce maggiore; e segnatamente è oggi accettato come inconcusso il triplice principio dell'oralità, della pubblica discussione e della necessità di un giudicio contraddittorio, come fondamento indispensabile alla condanna.

Tutti questi risultamenti son dovuti al principio della giustizia che s'insinua sempre più nei Codici novelli. Alcuni fra questi sono stati formolati da uomini della scienza e fondansi principalmente sul principio della giustizia. Altri poi mentre si elevarono come il Codice penale francese del 1810 sul principio della necessità politica del punire, avvisarono sempre la giustizia come limite e condizione perchè la pena vada a cadere sull'autore del delitto in proporzione del male che in esso si contiene.

IV.

Cenni storici sulla legislazion penale italiana dal secolo XVIII sino ai dì nostri (1).

§ 1. La mancanza della vita nazionale ed il servaggio straniero dagli ultimi anni del secolo XV fino a'tempi nostri impedirono che in Italia si venisse formolando un Diritto Nazionale; e soprattutto nel dominio della penalità e del procedimento penale si appalesò l'influenza funesta delle tristi condi-

(1) Ulloa: Delle vicende e dei progressi del Diritto Penale in Italia. Napoli 1837; 2.ª ediz. Palermo 1842; 3.ª ediz. Palermo 1848. — Sclopis: Storia della Legislazione italiana (ultima ediz. vol. 5. Torino 1863-1864). — Zuppetta: Corso di Legislazione penale comparata (disamina comparativa dei Codici penali d'Italia). Torino 1856, 3 vol. in 8.

zioni politiche e sociali. La tradizione giuridica italiana si perpetuò soltanto nella scuola, e per quanto egli era possibile, nella pratica del foro mercè l'efficacia che la scuola esercitava sulle opinioni de' giudici. L'interpetrazione e la pratica in Italia ebbero di continuo l'indirizzo di mitigare il rigore della legge. Così tra noi sovrattutto si annunciarono dottrine più consone alla ragione nella valutazione dei vari momenti del delitto, e parecchie proteste eloquenti mossero dall'Italia contro la tortura ancor prima che il Beccaria desse fuori la sua generosa protesta (1); e se troviamo stupende dottrine consecrate nelle legislazioni sulla più equa valutazione del reato per la età, per le malattie della mente, per l'ubbriachezza, per il conato criminoso, per la diversa quantità di partecipazione al delitto, per la giusta graduazione delle pene relative ai delitti di sangue, ai delitti di proprietà, ai delitti di falso, poche tra queste se ne rinverranno che non siano state di già annunciate dagli antichi penalisti italiani. Solo pe' reati di maestà e di religione, per i generi di pene, e per il rito giudiciale gli antichi penalisti italiani altro non fecero che seguire l'andazzo generale, senza punto discostarsi dalle fallaci vie fino a quell'ora seguitate. Ma compenso a questi errori dell'antica scuola italiana è il vanto che il primo grido di riforma della giustizia penale sia partito da voce italiana, dal milanese Cesare Beccaria, e che il primo tentativo riuscito a bene di una Riforma legislativa nel sistema delle pene e in quello dei giudizi siasi appalesato in Toscana per opera d'italiano legislatore. Il quale fin dal 1765 cominciò parziali riforme e dopo venti anni di esperienza col Codice del 1786 abolì la confisca, la pena di morte, il marchio, la tortura, la forgiudica dei rei ed altri simili eccessi di rigore dimostrati inutili e funesti. Nè vuolsi trasandare che le prime origini del sistema penitenziale sieno state italiane non solo per l'Ospizio di S. Michele fondato nel 1703 da Clemente XI pe' giovani delinquenti e per l'Ergastolo costruito a Milano dall'Architetto Francesco Croce, ma pel car-

(1) V. specialmente nell'opera di Tommaso Briganti cui è titolo: *Pratica Criminale.*

cere cellulare fondato a Firenze dal Franci il 1677. E se si contempli più specialmente l'Italia meridionale, la Prammatica del 1738 e il concordato del 1741 con la S. Sede furono un tentativo per ripristinare il concetto dell'autorità dello Stato e della eguaglianza giuridica fra' ceti; la Prammatica del 1774 intese a ripristinare il concetto romano dell'imperio della legge ed a fondare il nuovo principio che di sopra al giudice legale vi è il giudicio morale dell'opinione pubblica d'innanzi al quale il giudice destinato dalla legge è chiamato a giustificarsi mercè la *motivazione dei giudicati in fatto ed in diritto;* e da ultimo la *Ordinanza* del 1789 *per le genti da guerra* riconobbe come necessaria la disamina delle pruove inquisitorie alla presenza dell'accusato e del suo difensore. Ma con tutto ciò non si potè conseguire un indirizzo eminentemente nazionale; essendo l'Italia divisa e fatta in brani mancò il fondamento necessario all'edificazione di una legislazion penale italiana.

§ 2. La Rivoluzione Francese non mancò di produrre tra noi gran copia di salutari instituti specialmente per quello spirito di propagamento che era in essa; e non è a disconoscere la benefica influenza che esercitarono i Codici francesi della Rivoluzione nella legislazione dei molti ma piccoli Stati italiani. Se non che l'Imperio di Bonaparte, sì perpetuando lo smembramento della vita italiana, e sì trasfondendovi co'Codici francesi del 1808 e del 1810 i vizi di questa nuova legislazione, derivanti dalla poca, o per dir meglio dalla niuna osservanza per i diritti proprii della libertà, impedì l'attuazione di una riforma nazionale della penalità e del procedimento penale, e per varie determinazioni interruppe certe tradizioni giuridiche che pure meritavano di perdurare. Nel Piemonte aveano vigore le antiche *Leggi e Costituzioni di S. M. Sarda* pubblicate in un sol volume a Torino il 1723 come coordinazione delle antiche leggi, e modificate prima nel 1729 e poscia nel 1770 sotto il regno di Carlo Emanuele. Ma al 1806 vi furono pubblicati i Codici francesi e vennero estesi anche alla Liguria. Le province lombarde e venete formarono il Regno d'Italia che fu un Vicereame in balìa della Francia; e vi furono pubblicati del pari i codici francesi, in prima quelli del 1791, e di brumaio del-

l' anno IV e poscia quelli del 1809 e del 1810. Questi Codici furono pure dal 1809 al 1814 posti in vigore nello Stato romano. In Toscana la Rivoluzione francese in prima destò le apprensioni politiche del potere sociale le quali limitarono i salutari effetti della riforma leopoldina; poscia nel 1808 il Reame di Etruria fu riunito all' Impero francese e il Codice penale del 1810 vi divenne obbligatorio come in Francia.

Nell' Italia meridionale soggetta a Giuseppe Bonaparte, le due Leggi del 1808 su' delitti e le pene apparvero a comporre in un primo Codice penale gli elementi introdotti dalle leggi innovatrici di Francia con le tradizioni benigne della giurisprudenza del foro italiano. Esse sostituirono alla casuistica dei pratici ed all' antico cumulo di leggi in diversi tempi pubblicate un sistema di giustizia punitrice. Quivi la pena cessò di essere pena arbitraria; avvegnacchè nella punizione de' reati di sangue venisse data al giudice una latitudine per le contingenze attenuanti; quivi si raccolse per la prima volta una serie di disposizioni generali circa il reato e la pena; quivi infine era fermata la indipendenza dei giudici, la motivazione dei giudicati, l' abolizione del processo fiscale informativo come unica fonte di pruove, la necessità della pubblica discussione, l'eliminazione delle *prove legali* e delle prove eccezionali o privilegiate; e le varie forme di assicurazione della libertà individuale furon conciliate col bisogno sociale della custodia preventrice. Ciò non ostante al 1812 il Codice penale francese del 1810 fu pubblicato in Napoli ed ebbe vigore di legge, non senza interrompersi certe auree tradizioni della scienza e della pratica italiana, non senza destarsi parecchie critiche per siffatta interruzione. E vuolsi qui ricordare a cagion d' onore il nome di Pasquale Liberatore che nel suo *Saggio sulla Giurisprudenza penale del Regno di Napoli* mise in mostra i vizi del Codice francese dei delitti e delle pene, e porse importanti considerazioni di Politica criminale, esternando con civile coraggio il pensiero che ad ottenere la diritta ammistrazione della giustizia egli è mestieri della instituzione del *giudicio per giurati.*

§ 3. La caduta dell'Impero francese e la restaurazione degli antichi principi italiani, nel 1815, fecero in alcune parti d'Italia

eliminare i Codici francesi dove che in altre furono occasione perchè venissero migliorati.

Repristinato appena il Regno Sardo, si volle cancellarvi tutte le vistigia della dominazione francese e le antiche *Costituzioni* e *Leggi* furono richiamate in vigore quali erano prima del 1793, salvo che l'Editto del 1814 vi abolì la tortura; e quelle antiche leggi furono pure estese al Ducato di Genova che era stato riunito al Piemonte. Nella Lombardia e nella Venezia ai Codici francesi sottentrò nel 1815 il Codice Austriaco del 1803 per effetto della dominazione tedesca. Nella Toscana poco prima che il potere di Ferdinando III col cader dell'Impero francese venisse restaurato, un Editto del dì 8 luglio 1814 del Governo provvisorio abolì le leggi francesi e ristabilì le antiche leggi.

La S. Sede al 1814 ritornò agli Statuti particolari della città di Roma, ed agli Editti de' Pontefici completati dal Diritto Romano e dal Diritto Canonico.

D' altro canto in parecchi Stati italiani la reazione politica non indusse i Governi ad un ritorno all'anteriore legislazione; ed in quella vece essi si adoperarono a migliorare gli stessi Codici importati dall'Impero francese. A quest'opera diede cominciamento il Governo delle Due Sicilie instituendo una Commissione legislativa per la revisione delle cinque parti del Codice Napoleone a fine di formarne un Codice che togliesse a prestanza dai francesi quanto v'era di buono, eliminandone quello che fosse discorde dai dettati della scienza per rispetto a' reati comuni, o in contraddizione con gl'interessi del potere politico nella penalità e nei giudizi. E quì vuolsi ricordare il nome di quell'illustre Niccola Nicolini, il quale diede precipua opera alla formazione del nuovo Codice Penale e del nuovo Codice di Procedura Penale che furono pubblicati nel 1819. Così la legislazione penale napoletana segnò allora un progresso fra i Codici di Europa, tanto che alcuni dei suoi instituti vennero accolti dalla Francia, nella Revisione delle sue leggi in materia penale fatta al 1832. Le grandi tradizioni italiane vi furono ripigliate come base di modificazione alle dottrine dell'imputabilità, del conato criminoso, della partecipazione di molti al medesimo reato; vi si abolì le pene infamanti, la confisca, il marchio, la go-

gna e la mostruosa fizione della morte civile. E se pe' reati politici e di religione questo Codice peggiorò il Codice francese, pure pe' reati comuni e segnatamente pe' reati di sangue e per quelli contro il patrimonio esso conteneva importantissimi miglioramenti. Il procedimento vi ebbe la guarentigia della *pubblicità* e della *oralità* dei giudizi; e la necessità di rispettare il criterio morale del giudice nella valutazione della pruova diede nascimento al salutare freno morale che emerge dal debito di *motivare i giudicati* (1).— Ancora nel Ducato di Parma, posto al 1815 sotto il potere di Maria Luisa d'Austria vedova del Bonaparte, non si ebbe pensiero di ritornare all'antico sistema, ma in vece fu cominciato un miglioramento della legislazione esistente; e nel 1820 vennero fuori il *Codice penale* e il *Codice di Procedura Criminale*. La legislazione parmense fè tesoro non pure delle disposizioni della legge austriaca ma anche di quelle contenute nel Codice penale compilato il 1809 per il Regno d'Italia. Il Codice penale parmense fu più mite ancora del Codice napoletano nella valutazione della penalità del reato e si avvantaggiò come questo doi progressi della scienza. Il Codice di Procedura Penale poi accolse le instituzioni giudiziarie francesi ad eccezione del giudizio per giurati.

§ 4. Quando al 1830 la rivoluzione francese ebbe ravvivato il principio di libertà in Europa e il progresso delle dottrine morali ebbe rigenerato le scienze sociali, tuttochè lontanamente e lentamente, l'influenza di questi due avvenimenti venne a mostrarsi in quelle parti d'Italia ove per ispirito di reazione si era voluto un ritorno puro e semplice alle antiche instituzioni. Alle vecchie leggi anche il Governo Pontificio sostituì nel 1831 il *Regolamento di Procedura Criminale*, e nel 20 settembre 1832, il *Regolamento sui delitti e sulle pene*, che formarono la legislazione gregoriana sulle basi del Codice francese del napoletano e del parmense.

Negli antichi Stati sardi re Carlo Alberto salito al trono il 1831 sentì vivo il bisogno di rialzare il suo paese dalla con-

(1) A questi Codici si unirono parecchie leggi speciali come lo Statuto penale militare, lo Statuto penale marittimo ed altre leggi relative a reati particolari.

dizione di barbarie in che la reazione l'aveva gittato eliminando tutti gl' instituti della nuova legislazione; e si affrettò a pubblicare delle Regie Patenti che posero nel nulla parecchie disposizioni penali atrocissime contenute nelle Leggi e Costituzioni di Vittorio Amedeo. Ma non pago di ciò egli volle dotare i suoi Stati di una Riforma compiuta della legislazione, ordinandola per Codici. Così sorsero ad una col Codice civile ed altri Codici anche il Codice penale e il Codice di Procedura penale e il Codice Penale militare fra il 1839 e il 1840. Questi Codici ebbero per prima base la legislazione francese e mentre porgeano grande simiglianza col Codice di Parma, in varie disposizioni lo migliorarono non senza far tesoro dei Codici napoletani.

Nella Lombardia e nella Venezia, malgrado il movimento nazionale del 1848 la signoria straniera vi fu repristinata dalla forza brutale. E quando l'Austria sostituì all' antico Codice del 1803 il Codice del 1852 per tutti gli Stati ad essa soggetti, quest' ultimo fu tradotto e pubblicato come legge anche in quelle provincie italiane.

In Toscana nel 1838 venne fuori un Regolamento concernente i giudizi penali; e nel 1853 vi fu pubblicato un Codice penale che attinse molte determinazioni nei Codici alemanni, e com'essi, porse abbondanza di dottrina e studio di forma scientifica. La pena di morte vi fu stabilita. Ma il fondamento di tutto il sistema penale toscano è il carcere penitenziale; e la pena di morte rimase senza esecuzione perchè repugnante alla coscienza generale del paese (1).

Nel 1855 il Duca di Modena diede fuori altresì la sua legislazione penale, col Codice Criminale e di Procedura Criminale per gli Stati Estensi. Esso si fondava in parte sul Codice sardo ed in parte sul Codice toscano. Concepito in uno scopo di eccessiva intimidazione, esso prodigò a larga mano la pena capitale segnatamente nei reati di religione e nei reati di Stato, e fece anche abuso della pena perpetua. Ma ciò non toglie che

(1) Una legge del 1838 fermò che per la condanna di morte ad esser valida dovesse concorrere la unanimità. — Un decreto poi del 1860 abolì la pena di morte che era stata ammessa col Codice del 1853, ma respinta dall'opinione generale.

contenga pure alcuni buoni instituti consentanei alle tradizioni italiane sulla dottrina generale del reato.

§ 5. Allorchè nel 1859 fu ricominciata la guerra contro l'Austria, e la Lombardia venne emancipata dal giogo straniero, al Codice penale ed al Codice di procedura penale, che avean vigore di legge negli antichi Stati Sardi, sottentrò un Codice elaborato su molti e lunghi studi nel precedente dodicennio di libertà. Così apparvero il Codice Penale ed il Codice di Procedura Penale per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna per estendersi dal Piemonte alla Lombardia una con altre molte leggi rendute necessarie da quel primo aggrandimento dello Stato. Ed allorchè a mano a mano nel 1860 le varie popolazioni, state già soggette a tirannidi deboli verso le prepotenze straniere e crudeli verso i deboli su cui pesavano, si costituirono a nazione una ed indipendente, e surse dai piccoli Stati un' Italia novella costituita ad unità di Stato, il Codice del 1859 fu esteso alle varie parti della Penisola. Solamente per Decreto luogotenenziale del Principe di Carignano in data dei 17 febbraio 1861 nell'Italia meridionale quel Codice, mentre fu accolto, soggiacque ad alcune modificazioni che il Mittermaier giudicò degne di nota, ed in cui per il più delle volte si conservarono certi instituti proprii del Codice del 1819. Così ad eccezione della Toscana, retta dal Codice del 1853, delle province Venete su cui ha vigore il Codice austriaco del 1852, non che di quella parte di territorio rimasta in balìa del Papato ove ha vigore la legislazione gregoriana, si ha come unico fonte di Diritto Penale positivo per tutto il regno d'Italia il *Codice Penale* del 1859. A questo Codice vuolsi aggiugnere come attuale fonte di Diritto penale positivo la *Legge Organica* ed il *Codice di Procedura Penale* del 1865, con la nuova legislazione penale militare e marittima pubblicata il 1869 (1). La pena di morte diminuita nel numero dei suoi casi considerevolmente, eliminata pei reati politici, e temperata dal principio delle circostanze attenuanti; mi-

(1) Oltre a questi codici vi sono pure altre leggi speciali come la *legge della stampa*, la *legge doganale*, la *legge forestale* etc., le quali tutte prevedono speciali reati mentre i Codici costituiscono il Diritto Comune.

glioramenti nella dottrina generale del reato e nelle dottrine speciali, spirito di maggiore mitezza nelle pene che non nei Codici precedenti, larghezza maggiore al giudice nell'applicazione della pena, introducimento dell'instituto dei giurati nel giudizio penale, tuttochè nella forma di pura imitazione del giurì francese, ed oltre a ciò parecchi altri speciali miglioramenti fanno dei Codici italiani attuali uno dei migliori lavori legislativi, non ostante l'imperfetta forma di compilazione e la intralciata e disordinata disposizione delle loro varie determinazioni (1).

§ 6. Il Governo italiano si è adoperato fin dal 1862 a compiere l'unificazione legislativa in materia penale; ed egli è sempre più desiderabile che una sola legislazione penale, eliminando qualsiasi divergenza, regga i destini del popolo italiano. Ma il Codice penale del 1859 non può rappresentare pienamente la nuova vita giuridica del Regno d'Italia. L'abolizione della pena di morte che è già un fatto compiuto nella Toscana, senza produrvi funesti risultamenti, trascina seco inevitabilmente l'abolizione della pena di morte in tutto il resto d'Italia; e d'altra parte il sistema penitenziale inviscerato nella legislazione penale toscana del 1853, se debb'essere continuato e migliorato, non è in niun modo conciliabile con la perpetuazione del Codice del 1859, il quale, per più mite che sia del Codice Albertino e del Codice napoletano, contiene un sistema di pene, che in cambio di secondare, avversa allo intutto lo scopo dell'emendamento. Egli è perciò necessario che la unificazione legislativa in materia penale si avveri con un nuovo Codice di penalità e di procedimento penale, il quale risponda alle esigenze della giustizia e dell'umanità, non che ai nuovi bisogni, alle nuove condizioni e tendenze, del popolo italiano ed agli ultimi desiderati della scienza (2).

(1) V. la Relazione della Commissione degli studi legislativi a S. A. R. il Principe di Carignano, che è posta innanzi al Decreto del 17 febbraio 1861.

(2) Usciremmo dai confini di un libro di Instituzioni se ci facessimo a discorrere qui dei vari *Progetti di Codice penale* elaborati dal 1863 sinora in Italia.

ESPOSIZIONE SISTEMATICA

DEL

DIRITTO PENALE ITALIANO

TRATTATO PRELIMINARE

DELLA LEGGE PENALE

ESPOSIZIONE SISTEMATICA DEL DIRITTO PENALE ITALIANO

TRATTATO PRELIMINARE

DELLA LEGGE PENALE.

CAPO I.

DELLA LEGGE PENALE AVVISATA NELLA SUA INTRINSECA EFFICACIA (1).

« Le sole leggi possono decretar le pene sui delitti ».

BECCARIA, *Del. e pen.* § III.

§ 1. A quel modo stesso onde la parola è forma necessaria dell'idea, la legge è forma necessaria del Diritto nell'umana convivenza; e questo che è vero per la legge in generale, è vero altresì per la legge penale in ispecie. Pellegrino Rossi enunciò parecchi argomenti a mostrare la necessità della legge penale. Egli la desunse primamente da ciò che l'uomo non può esser punito se non perchè conoscea la sua azione essere una violazione della legge morale, e la giustizia sociale non potrebbe aver pruova di tal cognizione se non con la preesistenza e la pubblicazione di una legge positiva. Ancora egli la desunse dal dovere che ha la società di antivenire il delitto con ogni mezzo legittimo innanzi di ricorrere alla pena, e da ciò che la enunciazione della penalità per ogni specie di delitto è indispensabile alla sicurezza sociale, togliendo a chi medita il delitto la speranza di una pena leggera, ed è indispensabile alla sicurezza individuale sottraendo l'uomo all'arbitrio illimitato del giudice (2).

(1) VAN-ECK: De arbitrio judicis in poenis infligendis legibus circumscripto. Lugd. Bat. 1776. — KOENIGSWARTER: De juris criminalis placito: *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali.* Amstelod. 1835.

(2) Traité de Droit pénal. Liv. IV, c. 1.

Tutti questi argomenti son veri; ma di sopra ad essi tutti ve ne ha uno che deriva da quel principio stesso su cui fondasi la punizione dei delinquenti. Perchè il Diritto penale regni nel seno della società sopra le singole individualità, egli è duopo che dallo stato di intima apparizione nelle singole coscienze individuali esso assuma una determinazione autorevole innanzi a ciascuno come quello in cui la coscienza generale ripone il contenuto del giusto. L'unità propria del Diritto inchiude come conseguenza una sola e medesima formola che sia autorevole in nome di esso; e se la società debbe attuare il Diritto, egli è primo momento necessario di questa attuazione il fissare quale ne sia il contenuto. La legge penale è perciò la necessaria manifestazione della coscienza giuridica di un popolo per rispetto alla punizione del delitto; è l'espressione del Diritto Penale per opera della società giuridica.

§ 2. Non è da credere che la legge penale crei a suo talento il delitto, o imprima ad arbitrio la nota di punibilità nelle azioni degli uomini, come assurda sarebbe quella dottrina professata dal Bentham che la legge crea il Diritto. Il Diritto è la legge delle leggi. La giustizia penale in sè stessa, la giustizia penale assoluta crea le leggi penali, e vive in esse, come lo spirito vive negli organismi innumerabili della Natura. Il Diritto può dirsi quello da cui la legge muove, in cui la legge consiste, a cui la legge è indirizzata. Così la legge penale è forma in cui si incarna il Diritto; ed essendo tale, l'autorità del Diritto in essa si trasfonde e la fa degna di ossequio e la riveste di legittimo imperio. Essendo forma, essa è fragile, caduca, soggetta ai mutamenti. Ogni maggiore svolgimento della coscienza del Diritto Penale in un popolo necessita il miglioramento della legge; sicchè d'innanzi alla Sovranità giuridica dello Stato essa è revocabile. Ma fino a che una nuova legge non sottentri, essa è rivestita di efficacia giuridica, essa porta in sè l'autorità medesima del Diritto.

§ 3. L'obbietto della legge penale è determinare il contenuto del Diritto Penale in nome della coscienza nazionale. Da ciò si derivano due conseguenze:

1) Essa dee contenere tutto quello che è materia del Diritto

Penale. Ma in ciò è necessaria una considerazione. Il Diritto Penale ha dei dettati generali applicabili alle azioni umane indipendentemente dalla speciale e concreta natura dei singoli fatti. Ma ha pure altri dettati i quali si appalesano come concreta applicazione dei primi secondo la condizione propria di un dato fatto criminoso. I primi possono prevedersi e formolarsi *a priori*, cioè prima che i fatti umani criminosi appariscano nella esistenza concreta come fatti individuali; gli altri non possono predeversi. La legge penale debbe enunciare i primi dettati, i dettati generali, prevedibili *a priori;* essa debbe lasciare a quell'autorità che è chiamata ad applicar la legge ai singoli casi il compiere l'opera di attuazione della giustizia mercè la valutazione de' fatti speciali.

2) Essa dee porgersi come l'opera della coscienza nazionale. Epperò la legge debbe apparire come il prodotto di quella potestà che secondo la Costituzione dello Stato è chiamata ad interpetrare la coscienza nazionale del Diritto; e debbe non solo emanare da essa, ma mediante il pronunciarsi della pubblica opinione, essa dee venirsi formando come quell'opinione comune che è la forza risultante dalla discussione delle opinioni individuali. Ciò forma la legittimità della sua origine e della sua esistenza; la condizione duplice sotto la quale essa può venir considerata come la parola autorevole del Diritto.

§ 4. L'unità del Diritto avendo per sua espressione l'unità della legge, uopo è che la legge penale sia la forza direttrice di tutte le altre forze sociali operanti nello Stato per l'attuazione del Diritto Penale. Il qual dettato non è solo appartenente al Diritto Penale, ma forma uno dei pronunciati del Diritto Costituzionale.

Epperò vengon fuori i segnenti teoremi:

1) Non si può considerare come delitto un'azione se non quando la legge l'abbia considerata tale. *Nullum crimen sine praevia lege poenali* (1).

(1) *Quanquam temerarii digni poena sint, tamen illis parcendum si non tale sit delictum quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est*. L. 7 § 3 D. ad L. Jul. maiest.

2) Non si può adoperare contro l'individuo altra punizione che quella che emana dalla legge (*Nulla poena sine lege*). Il che importa due conseguenze: a) la pena debbe essere del novero di quelle che già si trovano nella legge stabilite; — b) il delitto non può avere altra pena che quella che è stabilita per esso (1).

3) Non si può immutare l'organamento delle giurisdizioni se non in forza di una legge; niuno può essere distratto dai suoi giudici naturali, nè potranno crearsi Tribunali o Commessioni straordinarie (art. 70, 71 Stat. Cost.).

4) Niuno può essere imprigionato nè soggetto a perquisizione domiciliare se non nei casi e nelle forme dalla legge volute (art. 26 Stat. Cost.).

5) I giudizi penali non possono aver luogo se non in forza di una legge, e secondo quelle determinazioni della legge che costituiscono il rito giudiciale (arg. art. 626 C. di Pr. Pen.).

Dalle quali cose chiaro si vede che la legge penale ha una duplice materia, cioè le *leggi di penalità* sia *generale* sia *speciale*, e le leggi concernenti il *procedimento penale*, sia *giudiciario*, sia relativo all'*esecuzione dei giudicati*.

§ 5. Qui si rannoda un problema di alta importanza. Esso è relativo al modo onde il Diritto diventa legge. Il Diritto penale debbe riconoscero come modo legittimo di sua manifestazione anche la consuetudine, l'*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum?*

La consuetudine (2) può essere manifestazione del Diritto nelle società incipienti; ma quando la coltura giuridica si svolge in una data nazione, unica manifestazione del Diritto debbe essere la legge, ed inefficace dee ritenersi l'azione di ogni altro principio dalla legge diverso. Il Diritto Romano desume la forza obbligatoria della consuetudine da ciò che essa al pari della legge scritta è l'espressione della coscienza nazionale (3). Ma

(1) Su questi due pronunciati cf. la l. 131 D. de verb. signif.: *Poena non irrogotur nisi quae quaqua* lege *vel quo alio* jure *specialiter huic delicto imposita est.*

(2) Weisse: De vi consuetudinis in caussis criminalibus. Lips. 1815.

(3) *Quum ipsae leges nullo alia ex causa nos teneant quam quod judicio populi receptae sunt, merito et eo quae sine ullo scripto populus probavit te-*

questo concetto generale della consuetudine non può dirsi con certezza essere stato applicato sempre anche al Diritto Penale. Ne'primi tempi il Diritto Penale romano sorse dalle consuetudini; ma il Diritto Romano ultimo, quello delle *leges* e delle *constitutiones* ammise la consuetudine solo come guida per interpetrare la legge (1). I Germani ebbero da prima consuetudini, che poscia furono tradotte nelle *Leges;* e Tacito ci dice: *plus ibi valent mores quam leges;* ma il Diritto Germanico si va spogliando dell'elemento consuetudinario al contatto che ha con le popolazioni romanesche. Carlo Magno in un capitolare dell'802 disse: *judices secundum scriptam legem judicent.* E la Carolina nell'art. 104 vietò il formarsi, ancorchè per mezzo dell'usanza giudiciaria, consuetudini per cui alcuna azione si elevi a delitto, o pene più dure vengano apposte — L'*usus fori* rimase intanto per alcun tempo una delle sorgenti del Diritto Penale in difetto di speciali determinazioni del Diritto Nazionale o del Diritto comune — Le nuove legislazioni hanno ricisamente negato in materia penale ogni efficacia giuridica della consuetudine. E il dogma della distinzione delle potestà nello Stato impone il debito al giudice di obbedire alla legge; sicchè un pronunciato alla legge contraddittorio è viziato di nullità (arg. art. 627 C. di Pr. pen.). A cuni penalisti moderni come l'Abegg, il Marezoll, il Berner, riconoscono nella consuetudine una manifestazione meramentè suppletoria del Diritto, quando l'attività legislativa è già svolta nel popolo. Ma, tranne il concetto della *consuetudo* come *optima legum interpres*, cioè che *l'auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* è sicura guida per l'interpretazione della legge, la consuetudine non può aver valore come fonte indipendente del Diritto Penale.

nebunt omnes, nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? (l. 32 § 1 D. de leg.).

(1) *Non exemplis sed legibus judicandum* (l. 113 D. de sent. et interloc.). — *Imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere.* (l. 38 D. de leg.) — Cf. Paul. l. 23 D. eod. tit. — L. 9 D. de extraord. crimin. — Vedi Birnbaum nel N. Archivio del Diritto Criminale XIII, p. 545.

§ 6. La quistione della consuetudine apre l'adito ad un altro problema che è quello della interpetrazione della legge penale (1). Noi non intendiamo parlare dell'interpetrazione autentica o legge interpetrativa, la quale giusta le norme del governo libero in generale, e del nostro Statuto in ispecie, si appartiene al potere legislativo medesimo. Noi intendiamo parlare della *interpretatio judicialis*, la quale dà vita all'*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*, cioè al così detto *usus fori*. La legge debbe essere nello Stato la sola forza motrice dell'attuazione del Diritto penale. L'applicazione della legge non è possibile senza l'interpetrazione di essa per opera del giudice; ma il giudice non può far altro che interpetrare perchè il suo pronunciato alla legge si conformi. *Non de legibus sed secundum leges judicandum.* L'interpetrazione in generale è letterale o logica. E l'interpetrazione logica o razionale, che dirsi voglia, importa nel caso di ambiguità o di oscurità della lettera risalire allo spirito della legge, in caso di lacuna nella legge integrarla mercè l'analogia. L'analogia poi è legale o giuridica; essa è *legale* quando si induce da' casi preveduti ai non preveduti nel senso che la mente della legge li comprenda (*ubi eadem ratio ibi idem jus*); essa è giuridica quando si crede che i casi non preveduti dovevano essere compresi tra'preveduti. Ora nelle materie penali, una legge di penalità, sia oscura ed ambigua, sia incompiuta, non può mai dirsi violata; perchè non si può negare col volere ciò che la mente non può affermare dinanzi a sè stessa nella coscienza. Epperò l'interpetrazione deve aggirarsi nel ricono-

(1) Krause: De extensiva poenarum interpretatione. Gedan. 1752. — Bileweln: D. exhibens doctrinam de interpr. juris ad leges crimin. applicatam. Lugd. Bat. 1777. — Magliano: De juris interpretandi ratione. Neap. 1808. — Jordan: Dell'Interpetrazione delle leggi penali (ted.). Landshut 1818. — Cock: De argumento ab analogia ejusque a legis interpretatione differentia (Dav. 1821). — Elout: De interpretatione in jure criminali. Lugd. Batav. 1822. — Van Campen: De interpretatione leg. crimin. extensiva. Lovan. 1829. — Hélie: De l'interprétation de la loi pénale nella *Revue Critique de Legislation* (anno 1854). — Hepp: L'analogia nelle varie direzioni della sua applicabilità al dominio del Diritto Penale (ted.). Nell'Archivio del Diritto Criminale, Nuova Serie 1846, pag. 100 e 161.

scere che un dato fatto speciale può categorizzarsi come realità concreta sotto l'ipotesi generale ed astratta della legge. Nel Diritto Romano l'interpetrazione non poteva limitarsi, por l'incompiutezza delle leggi a'soli casi preveduti. Così sorse la dottrina dell'*analogia legale* e quella dell'*analogia giuridica* o *parallelismo*; l'analogia dalle cose espresse desumeva una norma per le altre particolarità non espresse; e il parallelismo facea considerare non qual era stato, ma quale avrebbe dovuto essero l'intendimento del legislatore (1). Il Diritto Canonico ritenne l'analogia legale (2). L'estesa facoltà dell'interpetrare diè luogo poi nella legislazione dei mezzi tempi a quell'ammasso di interpetrazioni contraddittorie che rendeano incerta l'efficacia delle leggi.— Bacone da Verulamio censurò questa maniera d'interpetrare nelle cose penali (3). Il Montesquieu, il Beccaria, il Portalis, ed il Livingston vigorosamente oppugnarono l'interpetrazione estensiva. Le legislazioni noderne han consecrato sulle basi del codice francese: 1. che l'interpetrazione sia restrittiva in materia penale; 2. che solo allora si possa risalire all'interpetrazione razionale, quando si tratti di non rendere deteriore, anzi di migliorare la condizione dei giudicabili. Soltanto i Codici alemanni ammettono la interpetrazione estensiva, e l'analogia nei confini dell'analogia legale; ed egli è pure opinione dominante oggi in Alemagna di concedere al giudice la facoltà di interpetrare con l'analogia legale, come appare dalle sentenzo del Thibaut, del Marezoll, del Berner e di altri. La nostra legge si attieue alla dottrina dell'interpetrazione restrittiva como limite alla severità nella legge di penalità; ma a noi pare che rispetto a'casi dubbi o ambigui bisogni interpetrare razionalmente e solo per ammollire il

(1) *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut Senatus consultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest ad similia procedere, atque ita jus dicere debet*. L. 12 D. de legib. — Cf. l. 13, 27 De eod. — l. 6 § 1 D. de verb. signif.

(2) *Non verbum ex verbo, sed sensum ex sensu transferri, quia plerumque dum verborum proprietas attenditur, sensus veritatis amittitur* (Cap. XIII, *de Verborum significatione*) — Cf. Cap. VI, eod., in V, Decret.

(3) *Non placet extendi leges poenales, multo minus capitales ad delicta nova* (BACONIS: De font. jur. Aph. 13).

rigore delle leggi (1). Da ciò possiamo desumere due canoni pratici:

1) Se trattasi di quella parte della legge penale che consiste nello incriminare una data azione o un dato modo di operare, l'interpetrazione debbe essere restrittiva; la lettera della legge debbe essere la condizione *sine qua non* della incriminazione (2).

2) Quando poi si tratta di altre parti della legge penale, ove egli è forza risolvere in un senso o in un altro il problema che è surto, uopo è risalire alla *mente* della legge, e nella interpetrazione propendere per il significato più benigno: *In dubiis benignius interpretandum* (3).

(1) *Interpretatione legum poenae molliendae potius quam exasperandae*, L., 42 D. De poenis. — *In poenis benignior est interpretatio facienda*. Cap. 49 de Reg. Juris. in VI. — Pramm. del 1774: *I giudici devono attenersi strettamente al testo delle leggi.* — Art. 4 C. civ. ital. « Le leggi penali e quelle che » restringono il libero esercizio de' diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi ». — Art. 4 Cod. pen. ital. « Le pene imposte dalla legge non potranno dal » giudice aumentarsi, diminuirsi nè commutarsi, se non *nei casi, ed entro i limiti dalla legge stessa determinati* ».

(2) In questo senso è da accogliersi il pronunciato del Beccaria. » In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale; la minore l'azione conforme o no alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena » (§ VI). — Cf. Art. 8 C. della Luigiana.

(3) L. 155, § 2, de reg. jur.

CAPO II.

DELLA LEGGE PENALE AVVISATA NELLA SUA EFFICACIA ESTENSIVA (1).

CONSIDERAZIONI PRELIMINARI.

La legge, come abbiam dimostrato, non è identica al Diritto perocchè ne è la incarnazione. Essa pertanto non può avere l'imperio universale del Diritto. Essa ha un imperio limitato sugli uomini: e questo limite è triplice secondo che si considera il tempo, lo spazio, la condizione delle persone. Il tempo ha la sua efficacia limitatrice; perocchè la legge non è eterna come il Diritto, ma cade nel dominio del tempo, sendochè l'essere proprio del Diritto positivo consiste in ciò che le leggi succedono alle leggi. Lo spazio ha la sua efficacia limitatrice, perocchè il Diritto non si appalesa altramente incarnato nelle leggi che per opera dei vari Stati nazionali, e ciascuno degli Stati nazionali occupa una data parte di spazio nella quale si aggira come autonomo esercitandovi la sua sovranità giuridica. E finalmente la condizione delle persone ingenera alcune eccezioni al principio che la legge opera ugualmente su tutti coloro che sono sottoposti al suo imperio in virtù dell'uguaglianza giuridica.

Epperò noi studieremo la sfera di attività della legge penale sotto triplice aspetto:

1) relativamente al tempo,
2) relativamente allo spazio,
3) relativamente alla condizione delle persone.

(1) BERNER: La sfera di attività della legge penale per tempo, per luogo, per condizione di persone (ted.). Berlino 1853.

I.

Dell'efficacia della legge penale per rispetto al tempo.

« Appellamus ergo illam legem (quae re-
» gendis civitatibus fertur) *temporalem*,
» quae quanquam justa sit, commutari
» tamen per tempora juste potest ».

S. Aug. *de libero arbitrio*. 1, 6.

§ 1. La legge penale come ogni altra legge ha una durata di vita che è chiusa tra il suo apparire ed il suo perire. Essa comincia ad aver vigore dal momento in cui si presenta come legge innanzi agli individui; e la sua durata cessa quando una nuova espressione del Diritto ad essa sottentra. La sua forza obbligatoria è ristretta nei confini della sua durata.

1) — La legge apparisce a vita con due atti. L'uno di essi la pone come legge ed è la *sanzione*. La *sanzione* integra la legge. Nel reggimento costituzionale il voto parlamentare è una condizione per la formazione della legge; ma la legge divien tale quando l'organo sociale, che rappresenta nella sua unità la unità dello Stato, vi appone la *sanctio*. Egli è proprio del Diritto costituzionale e della scienza che ad esso si riferisce il determinare se il diritto di negare la sanzione importi una potestà illimitata e permanente o limitata e temporanea (*Veto assoluto* o *sospensivo*). Per rispetto alle nostre indagini noi diremo che la *sanctio* è una condizione necessaria di esistenza della legge penale. — Ma la sanzione non basta a fare che la legge cominci ad aver vigore. All'autorità esecutrice dello Stato incombe il debito di fare che essa possa essere eseguita. Perchè la legge possa essere eseguita uopo è che sia nota; e l'atto che la fa notificare è per appunto la *promulgazione*, la quale si appartiene al potere esecutivo. Ora per rispetto alla promulgazione è inconcusso il principio: *Lex non obligat nisi rite promulgata*. Ma egli è pur vero che se la promulgazione comanda la pubblicazione della legge, egli è duopo di un termine oltre il quale la legge pubblicata si presuma essere nota a coloro che debbono prestarvi

obbedienza. Dallo elasso di questo termine comincia l'imperio giuridico della legge penale.

2) — Le leggi non sono destinate alla perpetuità; ma, periture come l'uomo, hanno vigore giuridico finchè un novello riconoscimento autorevole del Diritto non sottentri allo antico. Il Diritto Romano insegnava che la legge ha valore finchè non sia annullata, e un tale annullamento poteva avverarsi o per revocazione del legislatore o per tacito consenso di tutti. La revocazione per opera del legislatore pigliava nome di *abrogatio* o *derogatio,* come l'antitesi della *rogatio* (1). La revocazione tacita avea luogo *per desuetudinem* (2). Questo stesso si perpetuò nelle leggi del Medio Evo, sicchè parecchi instituti caddero in desuetudine senza essere espressamente revocati. In virtù delle nuove legislazioni l'uso contrario alla legge non può mai passare in esempio. La legge non può essere giuridicamente spogliata della sua efficacia per forza di desuetudine. La rivocazione dee discendere da un'altra legge della Sovranità la quale può abrogare espressamente la legge esistente o derogare ad alcuna delle sue determinazioni; e può del pari revocarla tacitamente quando è in opposizione con essa in virtù del principio *lex posterior derogat priori.*

§ 2. Al principio, che la legge non obbliga se non dal momento in cui si presume nota la sua esistenza, si rannodano due pronunciati. Il primo è che la ignoranza della legge o l'errore intorno ad essa non è cagione di escusazione. L'altro è che la legge obbliga per l'avvenire e non può riferirsi al passato con efficacia retroattiva. Ma entrambe queste dottrine che son proprie a tutte le specie di leggi hanno una importanza ed una determinazione speciale nel dominio della giustizia punitrice.

§ 3. Dal principio stesso della promulgazione nasce il pronunciato che la legge dee presumersi nota quando è pubblica-

(1) *Derogatur legi cum pars detrahitur, abrogatur cum prorsus tollitur.* L. 102, D. de Verb. sign.

(2) *Rectissime illud receptum est ut leges non solum suffragio legislatoris sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* L. 32, D. de legib.

ta (1). Il giureconsulto Paolo disse: *Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere* (2). E Giustiniano soggiunse: *Constitutiones Principum neque ignorare quemque neque dissimulare permittimus* (3). Intanto questa presunzione aveva limitazioni per le donne (4) pei minori (5), per gl' idioti (6) pei *milites* (7). Le quali limitazioni mostravano che la forza della presunzione giuridica non poteva esser tanta da vincere la natura stessa delle cose. Il determinare, soprattutto a rispetto della legge penale, fin dove si possa stendere la presunzione dell'essere nota la legge è stato obbietto di ampia trattazione, fra gli scrittori antichi ed i moderni. Già Ulpiano (8) avea distinto il *probrum natura* ed il *probrum civiliter et quasi more civitatis*, onde apparve il concetto del *delictum juris gentium*, cioè di quello che, razionalmente parlando, e in tutte le legislazioni dei vari popoli, è reputato maleficio. E però la donna era punibile quando cadea nell' *incestum jure gentium prohibitum*, non già quando cadea nell'*incesto civile*. Il Donello, a cui si rannodò il Cremani, insegnò che la eccezione dell' ignoranza o dell' errore del Diritto può avverarsi in quei maleficii che son proibiti non dal Diritto delle genti ma dal solo Diritto civile (9). E fra gli scrittori moderni vuolsi noverare oltre il Birnbaum e l'Heffter anco il Rosshirt, il quale dice che il delinquente dee conoscere la reità e punibilità del suo atto, che a ciò non si addimanda assolutamente una cognizione speciale della legge penale, nè della specie e quantità di pena, ma che bisogna ammettere

(1) Rosshirt: Dell'ignoranza del Diritto nel N. Arch. del Dir. Crim. (ted.), t. IX, p. 491 e 528. — Birnbaum: dell'ignoranza del Diritto (ted.), ibid. t. XI, p. 101 e 142. — Heffter: Dottrina dell'ignoranza dell'errore (ted.), ibid. t. XII, p. 131 a 141.

(2) L. 9 pr. D. de juris et facti ignor.

(3) L. 12 C. eod. — Cf. l. 11. § 4, D. de his qui not. in.

(4) L. 38 § 4, D. ad L. Iul. de ad.

(5) L. 9 § 2; L. 37 D. de minor. — L. 38 § 7 D. ad L. Iul. de adult. — L. 2. C. si adv. del.

(6) L. 7 § 4 D. de jurisd. — L. 3 § 22 D. ad Sc. Silan.

(7) L. 4 § 15 D. de re milit.

(8) L. 42 D. de verb. signif.

(9) De jure civili Lib. I, tit. 22 — Cf. *Cremani* De jure Crim. Lib. I, c. 3 § 9.

che ogni delinquente conosca la punibilità del suo atto, perocchè l'uomo vivendo in società impara nella grande scuola della vita, anco senza speciale istruzione gli scogli che debbe evitare. Le legislazioni moderne o non ammettono o solo ammettono per minimi casi l'ignoranza della legge come scusa; e la presunzione che la legge sia nota, per regola generale, accompagna qualunque individuo soggetto alla legge dello Stato; salvochè, nella penalità dei reati nascenti da violazione di ordinamenti locali o di polizia, la condizione di straniero può importaro altresì una ignoranza scusabile di diritto. La dottrina però che è comunemente ricevuta si è questa che la ignoranza o l'errore della legge non serve a scusare se non in lievi trasgressioni di leggi puramente locali gli stranieri; ma fuori di queste condizioni l'ignoranza o l'errore del Diritto non può ammettersi come scusa per gli esseri umani che sieno nel pieno possesso ed esercizio delle forze intellettive.

§ 4. L'altra dottrina, che si rannoda al principio dell'esistenza della legge e della sua notizia innanzi a tutti si è quella del divieto di un effetto retroattivo, divieto che dal concetto generale della legge discende al peculiare concetto della legge penale (1). Il Diritto Romano avea già statuito che le leggi si riferiscono ai fatti avvenire e non al passato (2); ed Ulpiano consecrò per la punizione del delitto che esso non dee soggiacere alla pena posta dalla legge nel momento in cui si giudica del delitto, ma alla pena di quella legge sotto il cui impero esso apparve (3). Anche il Diritto Canonico aveva insegnato

(1) Van de Poll: De vi legis novae in crim. antea comm. poena. Amstelod. 1834. — Zachariae: Della forza retroattiva delle nuove leggi penali (ted.). Gottinga 1834. — Abegg: Dello effetto delle leggi penali sugli atti anteriori alla loro pubblicazione (ted.), nell'Arch. di Dir. Crim. t. XIII, p. 167 seg. — Schwarze: Avvertenze sulla retroattività delle leggi penali (ted.), ibid. 1857. — Seeger: Della forza retroattiva delle nuove leggi penali (ted.), nelle sue *Dissertazioni*. Tubinga 1862.

(2) L. 7, C. de legibus.

(3) *Quoties de delicto quaeritur placuit non eam poenam quem subire debere quam conditio eius admittit eo tempore quo sententia de eo fertur, sed eam quam sustineret si eo tempore esset sententiam passus cum deliquisset*, l. 1, pro D. de poenis.

lo stesso dogma (1). E su questi fondamenti Alberto Gaudino avea detto *specletur tempus delicti* (2). La qual dottrina ripetuta da tutti i giuristi, ed accolta in tutte le legislazioni moderne, dà materia nel nuovo Codice del 1859 all' art. 3 , 1° Comma : « Nessun reato può punirsi con peue che non erano pronunciate dalla legge prima che fosse commesso ».

§ 5. Una eccezione al divieto di retroattività nasce dal caso in cui la legge posteriore sia più mite dell'anteriore. Il Codice Napoletano del 1819 aveva statuita questa eccezione; e la vediamo riprodotta in parecchi altri Codici, tra' quali è da noverare il Codice del 1859. Questo non è un istituto *humanitatis causa* ma un debito di giustizia. Imperocchè la mitigazione sopravvenuta inchiude un riconoscimento che fa lo Stato dell'essere ingiusta la severità della legge anteriore; e lo Stato si metterebbe in contraddizione con se stesso adoperando verso il reo ciò che la coscienza giuridica nazionale ha dichiarato essere alcun che d'ingiusto; dove per l'opposto, se la legge posteriore è più severa, non si può violare il diritto acquisito dal reo ad esser punito dalla legge del tempo in che il delitto fu commesso — Su questo principio si fondano due pronunciati dello art. 3 del Codice penale: 1) « Se la nuova legge cancella dalla classe dei reati un' azione considerata come reato dalla legge anteriore, cessano di diritto tutti gli effetti del procedimento e della condanna (3) ». — 2) « Se la pena che era imposta dalla legge al tempo del commesso reato e quella stabilita dalla legge posteriore fossero diverse tra loro, sarà sempre applicata la pena più mite (4) ». Il primo di quei pronunciati è chiaro per sè stesso. Il secondo è stato argomento di studi al Van de Poll, al Zachariae, all'Abegg, allo Schwarze, al Seeger per costruire i pronunciati regolatori dell'applicazione di questo instituto nella pratica. Noi ci atteniamo ai più ovvii fra siffatti pronunciati.

(1) *Poena criminis ex tempore legis est quae crimen inhibuit, nec ante legem ulla rei damnatio est sed in lege*, c. 3, Caus. 32, qu. 4. — Cf. c. 2, X de constit. I, 2, c. 13 eod.

(2) De poenis reorum, n. 17, p. 333.

(3) Art. 3, comma 3.°

(4) Art. 3, comma 2.°

1.° La natura delle pene più che la loro durata dee farne graduare la gravezza; solo tra due pene di intensità omogenea la durata, essendo l'elemento di divario, può dare il più ed il meno.

2.° Se una legge posteriore abbassa il massimo di una pena, ma ne eleva il minimo, non si dee comporre le due leggi, per prendere dall'una il minimo più mite, e il più mite massimo dall'altra, il che farebbe venir fuori una legge mista, ed un'applicazione che conterrebbe violazione di amendue le leggi, non attuandosi nè la pena dell'una nè quella dell'altra. Egli è d'uopo comparar fra loro le due forme di penalità, a cui menerebbe la valutazione concreta del fatto criminoso; e solo in tal guisa si può riuscire ad applicare la penalità più mite.

3.° Non alla sola quistione di pena, ma a quella altresì della definizione del reato, si applica il principio della retroattività della legge posteriore in caso di maggior mitezza.

4.° Trattandosi di più di due legislazioni che si succedono tra il momento del reato e quello del giudizio intorno ad esso, sarà sempre fra tutte le legislazioni applicata quella che contiene la pena più mite.

5.° Se, dopo che una sentenza è divenuta irrevocabile, apparisce una legge nuova ad applicare al reato una pena più mite, la precedente condanna rimane integra per virtù del giudicato, e deve essere eseguita per il silenzio della legge positiva; salvo il rimedio della grazia commutatrice (1).

6.° Finchè una sentenza *irrevocabile* non è intervenuta, in qualunque stadio del giudizio penale apparisca una legge nuova che è più mite della anteriore, bisognerà applicare al fatto, che è materia del giudizio pendente, la nuova legge più mite; il che vuolsi osservare anche quando si tratti di condanna pronunciata contro la quale pende alcun gravame.

§ 6. Altre quistioni quì si rannodano per compiere la dottrina della retroattività; imperocchè si è discusso della retroattività

(1) V'ha qualche Codice come il portoghese che vuole applicata la legge più mite anche ai fatti su cui vi sieno dei giudicati e l'esecuzione dei medesimi non sia esaurita.

Per rispetto alle leggi di prescrizione, alle leggi giurisdizionali ed a quelle di procedimento. Ma la soluzione di siffatte quistioni, presupponendo altre nozioni, verrà data in altri luoghi della nostra esposizione. Sol qui bisogna risolvere la quistione delle leggi interpetrative o interpetrazioni autentiche. Nel Diritto in generale la legge interpetrativa è retroattiva di sua natura. Ma si può egli ammettere questa retroattività senza limiti in materia penale? L'Haus senza alcun ragionamento all'uopo enuncia come dogma incontroverso che la legge interpetrativa si retrotrae a' fatti anteriori (1). Noi crediamo che non si possa ammettere come vera tal sentenza per tutte le specie di leggi che formano il contenuto della legge penale. Quelle che si riferiscono alla incriminazione dei fatti non possono nè debbono a sentir nostro avere efficacia retroattiva se non negli stessi sensi di ogni altra legge di penalità, cioè quando l'interpetrazione importa mitigazione di penalità — Imperocchè la interpetrazione autentica fa presupporre certa oscurità, o ambiguità, o lacuna nella legge che s'interpetra; e quando questa lacuna o questa oscurità v'era nella legge, ciò importa che non potè sufficientemente ammonire, che non fu chiaro il precetto legislativo che puniva una data azione con tale o tal altra pena; ond'è che non può dirsi violata quella legge, il cui dettato era monco od incerto prima che la interpetrazione autentica venisse fuori (2).

(1) Haus: Cours de Droit Criminel. Gand. 1861 n. 89.

(2) Una recente Monografia del Prof. Gabba svolge ampiamente tutti i problemi intorno la retroattività in materia penale (Pisa 1869, 1 vol. in 8.).

II.

Efficacia della legge penale a rispetto del luogo (1).

« Il luogo della pena è il luogo del delitto ».
BECCARIA, *Del. e pen.* § 21.

§ 1. Il Diritto si manifesta come legge nei vari popoli. Secondo che i popoli meglio si vanno svolgendo nella loro per-

(1) SCHMID: De modo procedendi adversus peregrinos Altd. 1861.—HERTIUS: De collisione legum. Giess. 1668.—FICHTNER: De jure peregrinorum, Altd. 1717.—LEYSER: Meditationes ad Pandectas, Lips. 1733. Specim. 596; n. 9.—BOEHMERI: De delictis extra territorium admissis. Gotting. 1749.—SEEGER: Diss. de vi legum et decretorum in territorio alieno. Lips. 1777.—RUDOLPH: De poena delictorum extra territorium admissorum. Erlang. 1790.—WIESAND: Pr. Obs. jur. crim. Specimen V. De reo secundum leges loci ubi deliquit non semper puniendo. Viteb. 1791.—BUSCHLER: Comment. de princ. jur. civ. publ. et gent. circa comprehensionem punitionem vel remissionem peregrinorum qui in alieno territorio deliquerunt. Gotting. 1800.—EGGER: Sulla punizione dei delitti commessi in paese straniero (ted. negli *Annali per la Scienza delle leggi*. Vienna 1809 t. IV, n. 3).—ABEGG: Sulla punizione dei delitti commessi in paese straniero (ted.). Landshut 1819.—HOMAN: De delictis peregrinorum eorumque puniendi ratione. Groning. 1823.—WENS: de delictis a civibus extra civitatem commissis eorumque puniendi ratione. Gron. 1824.—SIGENDEEK: Quid jure criminali tum philosoph. tum hod. belg. praecipitur de puniend. fact. lege civit. poenali vetitis sed extra territ. ejus commissis. (In Ann. Acad. Lugd. Bat. 1827, 1828).—PURAXE: Quatenus vel in regno vel extra regnum delinquentes nostris legibus poenalibus teneantur. Lov. 1826.—COSMAN: Diss. de delictis a civibus extra civitatem suam admissis. Amstel. 1829, 8.—VAN ASEDEN WYCK: De delictis extra territorium admissis. Ultraj 1839.—WITTE: Meditationes de jure internationali criminali. Dorpat. 1843.—WILLEFORT: Des crimes et des délits commis à l'étranger. Paris 1855.—FOELIX: Traité du Droit international privé. Paris 1856, 3ª edit. rev. et augum. 2 vol. in 8.—ROCCO: Diritto internazionale privato. Napoli 1843.—STORY: Commentario sul conflitto delle leggi (ingl.). Boston 1857.—LEWIS: Della giurisdizione sugli stranieri (ingl.). 1856.—BAR: Diritto internaz. priv. e penale (ted.). Hann. 1862.—OLIN: Du droit répressif dans ses rapp. avec le territoire. Brux. 1864.—NOCITO: Diritto penale internazionale. Palermo 1865.—SOLE: La Legge penale nello spazio. Napoli 1870, 1 vol. in 12.

sonalità civile, assumono una sfera esteriore che costituisce la loro vita corporea, e questa sfera è il *territorio* che fa di un popolo una *nazione*. Il principio territoriale è di sua natura un principio universale, in quanto che richiede che ciascuna nazione si costituisca organo del Diritto; onde ciascuno Stato debbe essere indipendentemente dagli altri *Sovrano del suo territorio*; e la legge nazionale, salvo quella parte che concerne lo stato e la capacità delle persone è di sua natura *territoriale*, come manifestazione della Sovranità dello Stato, ed obbliga tutti indistintamente sieno cittadini sieno stranieri a nome dell'unità e della imparzialità della giustizia. Di maniera che la legge penale considerata dal punto di vista del luogo abbràccia indistintamente tutti gli individui che si trovano nel territorio dello Stato o che sieno nazionali o che sieno stranieri, ed in generale è chiamato a punire un reato lo Stato nel cui territorio il reato si è perpetrato. Il principio giuridico del *territorio* è fondato sul principio di *nazionalità*, nel senso che ogni Stato nazionale è, nei confini del suo territorio, organo dell'attuazione della giustizia. L'efficacia della legge penale si stende sovra taluni fatti, non attendendosi alla qualità di nazionale o di straniero, ma solo al luogo dove il reato è avvenuto (*locus criminis patrati*).

§ 2. Nel Diritto Romano questo principio si manifestò vigoroso, benchè non si riconoscessero come legittime tutte le conseguenze del medesimo. L'orgoglio nazionale di Roma la menava a ritenere il suo territorio come inviolabile, ma pure non riconoscea questo diritto nelle altre nazioni, epperò nol riconoscea come norma generale. La nota di *civis romanus* era di tanta importanza da non considerarsi come pienamente partecipi di diritto gli uomini che sebbene non fossero *cives* trovavansi sul territorio romano, come i *peregrini* e i *servi*. Nondimeno se i *peregrini* e i *servi* non aveano tutti i diritti aveano l'obbligo di non violare i diritti d'altrui, di non calpestare i dettati della giustizia, e potevano per conseguenza considerarsi come sottoposti allo imperio della legge penale. Così possiamo additare i pronunciati infrascritti come proprii del Diritto Romano.

1. Il *civis* che commettea delitto era soggetto alla legge penale romana, quantunque volte offendesse un *civis romanus*

sia nel territorio di Roma sia fuori del territorio. E per rispetto all'offesa fatta dal *civis* contro un *peregrinus*, sia nel territorio romano, sia fuori del medesimo, il punire da prima era dello Stato cui l'offesa apparteneva; onde sorgeva in questo il diritto di domandare il reo secondo il *jus feciale;* ma quando Roma si fè potente volle per sè sola la consegna del reo punendo con legge romana il *civis* che avea leso il *peregrinus* (1).

2. Il *peregrinus* e quando nel *locus* offendesse un *peregrinus*, e quando fuori del *locus* offendesse un *civis*, e quando contra il *civis* e nel *locus* commettesse delitto, era sempre soggetto alla Sovranità di Roma come punitrice. Ma nel primo caso era il *peregrinus*, per gravi casi punibili *ex jure gentium*, punito dal Senato, o dal *Praetor peregrinus*, ma nè secondo il Diritto di Roma, nè col processo romano. — Nel secondo caso se ledeva il *civis* in Italia o in una Provincia era giudicato per gravi delitti dal Senato romano e per i lievi dal Proconsole col diritto di appello a Roma. E finalmente se ledeva il *civis* nel territorio romano al tempo della Repubblica era punito dal *Praetor peregrinus* o dal Console, e, nel tempo imperiale, dal *Praefectus urbi* (2).

3. E finalmente il *servus* era come il cittadino soggetto alla legge penale di Roma, salvo pochissime eccezioni desunte dalla sua stessa condizione, come avveniva a rispetto delle pene pecuniare (3).

Il principio territoriale regolava pure le giurisdizioni provinciali soggette alla comune potestà dell'Imperatore, e sotto questa forma si elevò la regola fondamentale: *Ibi eum poena plecti debere ubi facinus admissum est Severus et Antoninus rescripserunt* (4).

§ 3. Nel Medio Evo apparve il principio della personalità delle

(1) Val. Max. IV, 1, 13 — II, 7, 15. — Liv. VI, 17. — Dion. II, 37, 51, 72 — III, 37, 39; IV, 50, V, 50. — Polyb. XXIII. 13, 14.

(2) Polyb. VI, 13 — L. 1. § 4 D. de off. praef. urbi.

(3) L. 5 D. de accus. — L. 2 D. de cust. reor. — L. 1 § 12; L. 10 pr. § 1; L. 16 § 3; L. 28 § 4, 11, 16, D. de poenis.

(4) L. 3 pr. D. de re milit. — Cf. L. 7 § 4 D. de accus. — L. 3 D. de off. Praesid. — L. 22 D. de accus. — L. 7, D. do cust. reor. — L. 1, C. ubi de crim. agi oport. — L. 14 C. ad L. Iul. de adult. — Nov. 134, c. 5.

leggi, e presso noi si statuì doversi applicare varie legislazioni *prout qualitas litigantium exegerit*. Ciascuno fu punito secondo la propria legge in qualunque territorio avesse commesso il fatto punibile. Ma al sorgere dell'interpetrazione giuridica venne fuori la distinzione di *Statuto personale* e *Statuto reale*. E le opinioni dei dottori l'accolsero; ma niun atto legislativo avea segnato il dominio dell'uno e quello dell'altro. Solo per costante tradizione le leggi di penalità come indirizzate a tutelare l'autorità dello Stato si reputavano ancora tali da imperare non solo su' sudditi della potestà civile ma altresì su quelli che transitoriamente si trovavano sudditi per la loro dimora o domicilio nel territorio, ammettendosi come credenza che lo abitare nel territorio fosse lo stesso che sottoporsi allo imperio della Sovranità territoriale. Ma nel tempo stesso il Claro il Deciano il Farinacio ed il Boemero insegnarono concordemente doversi consentire allo Stato una prorogazione della sua potestà di punire i propri sudditi, su fatti commessi all'estero, per evitare l'impunità dei medesimi. Solo Anton Mattei volle restringerne l'applicazione ai gravi malefizi contro il Diritto divino e il Diritto delle genti (1). Ed a poco a poco si venne a ritenere che la legge penale di uno Stato può stendere il suo impero su' fatti avvenuti fuori del territorio, sia per punire coloro che in terra straniera ledono esclusivamente lo Stato cui la legge penale appartiene, sia per punire quei nazionali che ledono, sebbene fuori del territorio, i nazionali stessi, quando il potere territoriale del luogo del delitto non li punisce. Al che vuolsi pure aggiungere la sentenza di Bartolo: *Si judex loci ubi civis meus offenditur offensam non vindicat, tunc fieri potest statutum contra offendentem extra territorium* (2).

§ 4. Il nostro Diritto vigente accoglie innanzi tutto il principio comunemente accolto dalle nazioni moderne che la legge

(1) Clari: Sentent. V, § fin. quaest. 39, n. 4.—Farinac. De inquisit. quaest. C. n. 20, 21.—Deciano: Tract. Crim. Lib. IV, c. 16, n. 1. — Il Boemero (Obss. ad Carpzov. qu. XLI, n. 17) assegnò la vera cagione della persecuzione di certi reati commessi fuori del territorio, dicendo: *cum locus delicti nexum subjectionis tollere nequeat*. — Matthaei: De Crim. Ad. L. XLVIII, t. 13, c. V, n. 5.

(2) Bartol. In l. C. De S. Trin. n. 44.

penale ha efficacia in tutto il territorio dello Stato imperando su tutti indistintamente quando trovansi in esso, sieno nazionali sieno stranieri, o che vi sieno fissati o che vi si trovino di transito (1). Da questo principio raccogliesi: 1.° che il nazionale è sempre punibile secondo la nostra legge quando delinque nel territorio o che offenda il nazionale o che offenda lo straniero; 2.° che lo straniero è sottoposto alla legge penale dello Stato o che offenda il nazionale o che offenda altro straniero quando delinque nel territorio dello Stato; 3.° che la legge del luogo debbe sempre applicarsi anche quando il malefizio consumato nel luogo leda una persona che non risiede in quel medesimo territorio; 4.° che non vi debb'essere entro del territorio alcun luogo ove l'efficacia della legge penale non si avveri (2); sicchè

(1) « Le Leggi penali e di polizia e sicurezza pubblica obbligano tutti coloro » che si trovano nel territorio del regno ». Art. 11 del Codice civile italiano.

(2) Qui cade in acconcio il favellare di un antico instituto oggimai abolito dal dominio della giustizia penale e che inchiudeva una limitazione all'efficacia della legge penale entro del territorio. Infin da tempi remotissimi il diritto d'asilo (α-συλον) in virtù delle credenze religiose poneva sotto l'egida del tempio dell'altare e delle statue degli Iddii i malfattori che vi si rifuggivano. E nell'Oriente e nella Grecia vi erano luoghi consecrati ove era immune il reo da ogni maniera di persecuzioni. Così parimente a Roma i templi servivano di rifugio prima agli schiavi profughi e poscia ai malfattori (l. 28 § 7 D. de poenis.— L. 5 D. de extraord. crim. — L. 19 § 1, D, de aedil. ed.). E quando il Cristianesimo trionfò nel mondo romano i suoi tempii divennero pure asilo. Teodosio il giovane e Valentiniano ampliarono questo diritto d'asilo, sicchè furon tenuti colpevoli di sacrilegio e puniti di morte coloro che violassero le *immunità della chiesa* (l. 2; l. 3; l. 5, 7, C. de his qui ad eccles. confug.). Ma Giustiniano restrinse il diritto dell'asilo negando agli omicidi agli adulteri ai rapitori di giovanette (Nov. XVII, c. 7). Nei tempi di mezzo il diritto di asilo si riprodusse sciolto da ogni limitazione; che anzi vi si unì l'asilo feudale (c. 36, C. XVII, qu. 4 — Cf. Capit. Carol. n. 779, c. 8; Cap. Paderborn 785, *Baluze*, t. I, p. 98, 251, 389). Ma al risorgere della civiltà si riconobbe la illegittimità del medesimo, onde a poco a poco disparve. — VAN-ESPEN: De asylo templorum in *Jus Eccl. univ.* l. IV. — F. P. SARPI: Delle immunità ecclesiastiche, nella *Raccolta delle sue opere*. Napoli 1789, vol. V. — RENAZZI: Saggio sopra l'impunità legittima o l'asilo. Livorno 1774 (pubblicato senza nome d'autore). — BEAUREPAIRE: Essai sur l'asyle religieux dans l'empire romain et la Monarchie française. Paris 1854 in 8. Da questo asilo religioso intanto uopo è distinguere l'asilo internazionale, di cui favelleremo più appresso.

vuolsi guardare come erronea instituzione del passato quel privilegio d'immunità locale che fu detto *diritto di asilo*; 5.° che ordinariamente lo Stato nazionale non debbe intromettersi dei reati commessi fuori del suo territorio, salvo quando lo stesso principio della nazionalità che è fondamento al principio territoriale richiegga un cosiffatto intervento.

Ma a chiarire questi pronunciati egli è duopo ragionare alquanto più distesamente di una tal materia.

§ 5. Prima di ogni altra cosa, è di mestieri spiegare che cosa abbiasi ad intendere per territorio di uno Stato. Imperocchè nella tecnologia del Diritto pubblico la voce *territorio* è alquanto diversa nel suo significato dal comune modo di determinazione fondato nelle pure attenenze naturali.

Il territorio di uno Stato nel linguaggio del Diritto pubblico ha una significazione che si connette con l'idea che esso rappresenta. Ogni Stato debbe avere un territorio come teatro esteriore della sua vita, come sfera di attività nella quale si aggira la personalità del popolo intero. Epperò esso comprende tutti i luoghi *naturalmente* sottoposti alla Sovranità dello Stato, ed abbraccia così la terra ferma come le acque mediterranee (fiumi, canali, laghi, porti rade). Ma per finzioni giuridiche le quali si fondano sul principio suenunciato, il Diritto delle genti estende il territorio a parecchi luoghi ove la sovranità dello Stato si appalesa. Così formano parte del territorio: 1) i luoghi ove sventola la bandiera nazionale, come quelli occupati da un esercito nazionale, e i luoghi ove siedono in paese straniero i *consolati nazionali* che son rivestiti di una potestà di polizia e di una data giurisdizione sui nazionali (1); — 2) il mare detto *proximum* o *territoriale* cioè quella parte del mare che costeggia la terra fin dove possono dominare i mezzi di aggressione o difesa del territorio (2); — 3) le *navi* appartenenti alla nazione, col divario che le *navi da guerra* e le *navi mercantili*

(1) Wheaton: Droit international, p. II, c. 2, § 9. — Azuni: Diritto marittimo t. I, c. 2.

(2) Bynkershoek: De dominio maris, c. 2. — Klüber: Droit des gens, § 130, 131, 132. — Martens: Précis du Droit des gens, § 30, 40, 44.

in pieno mare, cioè nel *mare liberum*, sono continuazione del territorio nazionale, ma nel *mare proximum* solo le navi da guerra si possono considerare come territorio dello Stato cui appartengono, non già le navi mercantili le quali soggiacciono alla legge dello Stato cui il *mare proximum* si appartiene (1).

§ 6. Se noi considerassimo come assoluto il principio che fuori del territorio non ha vigore alcuno la legge dello Stato nazionale, la conseguenza sarebbe quella che lo Stato nazionale non potrebbe mai esercitare il ministero della punizione sovra coloro che fuori del suo territorio siansi renduti colpevoli di un qualche reato. Ma vi possono essere ragioni giuridiche indipendenti dal principio territoriale che giustificano l'azion punitrice dello Stato. E qui vuolsi dichiarare che non intendiamo già parlare di un'azione punitrice dello Stato la quale debba appalesarsi fuori del territorio. Il territorio è sempre per lo Stato nazionale la cerchia entro la quale esso debbe aggirarsi esercitando i suoi poteri. Fuori del territorio lo Stato nazionale non potrebbe operare punitivamente, senza invadere il dominio di altra nazione, cioè senza negare l'autonomia nazionale che è quel principio in virtù del quale esso opera. Noi intendiamo parlare di una punizione che si manifesta per opera dello Stato e sempre nel suo territorio, sopra fatti compiuti fuori del territorio. E certamente se il principio territoriale è fondato su quello della nazionalità dello Stato avvisato come un organismo giuridico, questo stesso principio della nazionalità ingenera un secondo dettato, che cioè dove lo Stato, nel cui territorio avviene un fatto criminoso, non lo punisce, sia perchè non ha interesse a punirlo, sia perchè infatti ne trascura la punizione, il vincolo di nazionalità fra il delinquente e lo Stato al quale egli appartiene, lo rende responsabile giuridicamente innanzi ad esso, come il vincolo di nazionalità medesima ingenera per lo Stato il debito di proteggere i nazionali fuori del territorio e riparare le violazioni dei loro dritti.

Nella maggior parte delle legislazioni positive noi rinvenia-

(1) Vattel: Droit des gens, lib. I, c. 19. — Wheaton: Droit internat. p. II, c. 2 § 10, 14. — Wens: Op. cit. p. 42 seg. — Ortolan: l. I, 109, 116, 224.

mo che lo Stato conserva un diritto di persecuzione per i maleficii commessi in territorio straniero 1.° quando si tratta di maleficio che offende direttamente la sicurezza dello Stato o la sua vita economica (carta di credito pubblico, moneta), 2.° quando si tratta di maleficio commesso o da un nazionale o contro un nazionale. Il Codice francese del 1808, negli art. 5, 6, 7, e le leggi napoletane del 1819, riconobbero l'estensione della punibilità a quei fatti che offendono la vita o la prosperità economica dello Stato, ed a quelli che contengono offesa grave di un nazionale verso un altro nazionale. Ma la legge belgica del 30 dicembre 1836, il Codice Russo, il Codice di Norvegia del 1842, il Codice di Proc. dei Paesi Bassi, i Codici tedeschi e gli elvetici, dove più dove meno, hanno allargato la sfera di questa efficacia della legge punitrice fermando che la legge penale obbliga i membri della città anche fuori del territorio, come fuori del territorio protegge la inviolabilità dei loro diritti ed obbliga nazionali e stranieri a non aggredire la vita, o l'esistenza economica dello Stato (1).

L'Inghilterra e l'America nel loro *Diritto comune* ritennero assolutamente il principio che pe' reati commessi fuori dello Stato lo Stato non ha potestà di sorta per punire gli autori (2). Ma pure già comincia in questi due paesi per via di Statuti speciali ad appalesarsi il bisogno di accogliere quelle due determinazioni che le altre legislazioni penali quale più quale meno han consecrate (3).

§ 7. Il Codice penale italiano già rappresenta per questo lato un progresso sul Codice napoletano del 1819, che puniva solo i reati commessi contro la sicurezza dello Stato, e suppletoriamente i reati gravi commessi da un nazionale contro altro nazionale non puniti nel luogo ove furon commessi. Il Codice del 1859 accoglie parecchie disposizioni che trovansi nei più moderni Codici di Europa. Gli art. 5, 6, 7, 8, 9, 10 regolano sif-

(1) Foelix: Droit international privé, t. II, c. 2, 3, 4.

(2) Story: Comment. §§620 e 622. — Stephen: Somm. del Dir. Crim. c. 21 n. 2, c. 11; n. 5.

(3) Lewis: On foreign iurisdiction. Lond. 1839. p. 20 a 22.

fatta materia. Essa vuol essere avvisata da duplice aspetto cioè: 1. da quello delle materie punibili, 2. da quello delle persone punibili se nazionali o stranieri. Onde per ciascuna delle materie punibili bisognerà distinguere se il colpevole sia nazionale o straniero per vedere quali sono gli effetti giuridici di una tal condizione. E qui ragion vuole che si distingua la condizione di nazionale o straniero nel colpevole; perocchè non trattasi di reati commessi nel territorio ma di reati fuori del territorio; e fuori del territorio di uno Stato altra è d'innanzi ad esso la condizione del suo nazionale, altra la condizione dello straniero.

§ 8. — I. La prima materia punibile è quella dei reati che offendono la sicurezza o la condizione economica dello Stato. Gli art. 5 e 7 a ciò si riferiscono (1). Lo Stato nazionale punisce secondo le sue leggi, benchè siano commessi in estero territorio, i reati gravi (crimini) 1) contro la sicurezza dello Stato, 2) di contraffazione del sigillo, delle monete, cedole, obbligazioni dello Stato, o carte di pubblico credito equivalenti a moneta. Innanzi tutto si noti che non ogni reato è punibile in questo rincontro, ma il reato grave, quello che la legge chiama crimine, e che è punito con *pena criminale*, rimanendone esclusi i reati minori (delitti e contravvenzioni). Quanto è poi alla condizione di nazionale o di straniero la legge fa una distinzione; imperocchè per il nazionale è conservato allo Stato pieno il diritto di perseguirlo fin dove può esercitarsi l'efficacia dello Stato, dove che per lo straniero si addimanda una condizione, che cioè *fosse arrestato nel territorio dello Stato o consegnato da altri Go-*

(1) Art. 5 del C. p. « Il regnicolo, che avrà commesso in estero territorio un crimine contro la sicurezza dello Stato, o di contraffazione di sigillo, delle monete, cedole, obbligazioni dello Stato o carte, di pubblico credito equivalenti a moneta, sarà giudicato e punito in questi Regii Stati secondo le disposizioni del presente Codice ».

Art. 7. « Sarà giudicato e punito a termini del presente Codice lo straniero, che avendo in estero territorio commesso un crimine contro la sicurezza dello Stato, o di contraffazione del sigillo, delle monete, cedole, obbligazioni dello Stato, o carte di pubblico credito equivalenti a moneta, fosse arrestato nei Regii Stati o consegnato da altri Governi ».

verni. Per il nazionale si procede dunque a giudizio contro di lui ancorchè non arrestato. Ma che cosa importa che si proceda incondizionatamente? Potrebbe forse lo Stato operare fuori del suo territorio? No certamente; il divario sta in ciò che contro il nazionale si procede in contumacia quando non è arrestato nè per anco consegnato; dove per lo straniero non si può procedere a giudizio in contumacia.

§ 9. — II. La seconda materia punibile è quella dei reati commessi o da nazionali o a danno di nazionali.

Gli art. 6, 8, 9, 10 concernono questa materia (1).

Qui si porge una prima determinazione. La legge pone altra

(1) Art. 6 del C. p. « Il regnicolo, che avrà commesso in estero territorio un crimine a danno di un regnicolo o di uno straniero, ove rientri in qualunque modo nei Regii Stati sarà giudicato e punito con le pene stabilite nel presente Codice, le quali però potranno, secondo le circostanze dei casi, essere diminuite di un grado.

» Tale disposizione si applicherà anche al caso in cui il regnicolo avrà commesso in estero territorio un delitto a danno di un regnicolo, se la parte offesa ne porti querela.

» Lo stesso avrà luogo se il delitto sarà stato commesso in estero territorio a danno di uno straniero, semprechè nel paese a cui lo straniero appartiene si osservi uguale trattamento a favore dei regnicoli ».

Art. 8. « Lo straniero che avrà commesso in estero territorio, sia contro un regnicolo, sia contro un altro straniero, alcuno dei crimini indicati negli articoli 596 a 600 inclusivamente, se venga arrestato nei Regii Stati, o consegnato da altri Governi, sarà giudicato e punito a norma dell'articolo 6, semprechè il crimine sia seguito a distanza non maggiore di un mezzo miriametro dai confini dei Regii Stati, o, essendo seguito a maggior distanza, abbia il colpevole trasportato nei Regii Stati danaro od effetti depredati ».

Art. 9. « Fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, lo straniero che, avendo commesso in estero territorio un crimine a danno di un regnicolo, entrasse nel territorio dei Regii Stati, sarà arrestato, e, previa l'autorizzazione del Governo del Re, ne sarà offerta la consegna al Governo da cui dipende il luogo del commesso crimine per essevi giudicato. Ricusando quel Governo di riceverlo, sarà il colpevole giudicato e punito nei Regii Stati a norma dell'articolo 6.

» Lo stesso avrà luogo pei delitti commessi da uno straniero a danno di un regnicolo in territorio estero, quando in parità di caso fosse il regnicolo punito nel paese cui appartiene lo straniero; salva però sempre l'azione civile ».

Art. 10. « Le disposizioni degli articoli 6, 8, e 9, non avranno luogo quando

regola per rispetto ai crimini, ed altra regola per rispetto ai reati minori. Ma tutte queste regole soggiacciono ad una norma comune che governa tutti i casi, e questa è che la giustizia nazionale è suppletoria alla giustizia territoriale. Il principio è questo: Lo Stato nazionale protegge i diritti dei suoi nazionali o il Diritto offeso da reati de' nazionali in territorio straniero, quante volte il reato commesso in territorio straniero non abbia soggiaciuto alla efficacia della *giustizia territoriale*. Così l'art. 10 determina che le norme degli art. 6, 8, 9 non avranno luogo quando i colpevoli saranno stati già giudicati diffinitivamente nel paese in cui commisero il reato, e vi avranno, in caso di condanna, scontata la pena. Sicchè sono applicabili o quando non vi è stato giudizio di sorta, o quando il giudicato è rimasto inefficace per essersi il colpevole sottratto alla esecuzione della pena.

Vediamo ora qual'è questa diversa azione della giustizia nazionale supplementare.

1) Rispetto ai crimini, se trattisi di nazionale colpevole, o che abbia offeso il nazionale, o che abbia offeso lo straniero, sarà giudicato e punito con la legge dello Stato, ma a condizione che rientri in qualunque modo nel territorio dello Stato. Se poi trattisi di straniero l'art. 9 statuisce: — 1) che la giustizia nazionale si occupa solo dei reati a danno del nazionale non già di quelli a danno dello straniero — 2) che se ne occupa quando lo straniero entrasse dopo il reato nel territorio dello Stato — 3) che è necessaria una operazione preliminare, cioè l'offerta della estradizione al Governo da cui dipende il luogo del commesso crimine per esservi giudicato; e nel solo caso di ricusa di quel Governo a riceverlo sarà giudicato, e punito con la legge dello Stato. Se non che l'art. 8 contiene una eccezione alle tre norme statuite con l'art. 9, cioè che anche quando si commetta a danno di uno straniero il crimine di *grassazione* (art. 596 a 600 C. Penale) lo straniero è sempre punibile se questo reato fu commesso a distanza di un mezzo miriametro

i colpevoli saranno già stati giudicati definitivamente nel paese in cui commisero il reato, e vi avranno in caso di condanna scontata la pena.

dai confini dello Stato, o se, quando è commesso a distanza maggiore, si trasporti nello Stato danaro o effetti depredati, nel qual caso a punire richiedesi solo che egli sia arrestato nel territorio dello Stato o consegnato da altri Governi.

2) Per rispetto ai lievi reati (*delitti*) la legge sottordina la punizione dei nazionali alla querela della parte offesa se i delitti furono contro un nazionale.

Se poi trattisi di delitti di un nazionale contro uno straniero o delitti di uno straniero contro un nazionale, la legge statuisce il principio della reciprocanza. Così sarà punito il nazionale se il delitto sarà commesso in territorio estero a danno di uno straniero, sempre che nel paese a cui lo straniero appartiene si osservi eguale trattamento a favore dei nazionali — E parimente lo straniero sarà punibile pe' delitti commessi in territorio estero a danno di un nazionale quando in parità di caso il nazionale fosse punito nel paese cui appartiene lo straniero — In generale poi per rispetto a' delitti è applicabile il principio stesso che è applicabile pei crimini secondo che si tratti di nazionale o straniero colpevole di essi. Al nazionale è applicabile il 1.° comma dell'art. 6, allo straniero il 1.° comma dell'art. 9.

3) V' ha infine una regola comune a tutte queste materie tranne per lo straniero colpevole del reato di grassazione, ed è la soluzione data alla quistione della applicabilità della legge, stando legislazioni diverse. In alcuni paesi è statuito il principio della legge più mite, come nel caso di diversità di tempo fra due legislazioni (1). Il nostro Codice, pe' reati commessi sia da nazionali sia da stranieri a danno di nazionali, ovvero da nazionali a danno degli stranieri, ferma doversi sempre applicare la legge dello Stato; e solo concede al giudice la facoltà di mitigare la pena di un grado secondo le circostanze (art. 6 C. P.).

(1) Questa determinazione ha per motivo che la legge del luogo quando è più mite è un *jus quaesitum* per il colpevole, e quando la legge dello Stato è la più mite lo stato deve infligger questa per non porsi in contraddizione con la sua coscienza giuridica.

III.

Efficacia della legge penale rispetto alla condizione delle persone.

« Gli uomini nascono e permangono liberi
ed uguali nei diritti ».
Dichiaraz. dei diritti dell'uomo, art. 1.

§ 1. In quei limiti che abbiamo precedentemente esposti del tempo e dello spazio la legge penale come espressione del Diritto deve imperare su tutti egualmente. Il principio generale è che la condizione delle persone non sottrae nessuno alla efficacia della legge penale.

La legge è di sua natura impersonale, essendo una norma generale (*generale et commune praeceptum*) chiamata ad esprimere l'unità del Diritto in mezzo alla svariata molteplicità degli interessi. Di quì discende il pronunciato dell'eguaglianza giuridica di cui è una delle applicazioni la dottrina che tutti sono eguali innanzi alla legge — Epperò rispetto alla legge penale tutti sono sottoposti alle medesime pene, tutti sono punibili pe' medesimi reati, tutti sottogiacciono alla medesima giurisdizione, tutti han diritto alle medesime forme giudiziali, dirizzate a garentire le esigenze legittime della società e degli individui (1).

La storia intanto ci addimostra che il passato dall'un canto contiene la negazione di un siffatto principio, e che dall'altro col progredire della civiltà si progredisce verso il suo trionfo diffinitivo, dileguandosi a mano a mano le varie ineguaglianze. Nel Diritto Romano troviamo, egli è il vero, la formola stupenda del Carme Decemvirale: *Privilegia ne irrogantor.* Ma in essa era consecrata una uguaglianza innanti la legge cui non rispondeva l'eguaglianza nella legge, cioè la eguaglianza giuridica. Questa era negata dalla triplice condizione del *civis*, del *peregrinus* e del *servus* (2). Il *civis* era circondato di privilegi come

(1) Cras: De hominum aequalitate ac juribus officiisque quae inde oriuntur. Amstelod. 1794, in 8.

(2) V. ciò che abbiam detto già prima (II, § 2).

quello di non poter essere dannato a morte bastandogli l'*interdictio aquae et ignis;* il *peregrinus* non godea le guarentigie dei *publica judicia*, nè soggiaceva alle punizioni delle *leges;* e per gli schiavi oltre l'asprezza delle pene v'era il rigore della tortura (1). E al tempo dell'Impero, tuttochè si infievolissero le prerogative della *civitas*, si aggiunsero altre ineguaglianze, come il privilegio dei *milites* che aveano un foro speciale per qualsiasi malefizio, il privilegio dei Senatori e dei *clarissimi*, dei quali l'Imperatore dicea *partes ipsi corporis nostri sunt*, e finalmente il privilegio degli ecclesiastici che godeano di certe immunità personali (2). Nel Medio Evo la schiavitù cedette il luogo al *servizio feudale;* che era minore ineguaglianza; ma pure nella distinzione dei vinti e dei vincitori, dei servi della gleba e dei signori, le ineguaglianze doveano al certo perpetuarsi, onde sorse l'uso di sottrarsi ad un potere col gettarsi sotto la protezione di un altro. Così vennero fuori i privilegi della società clericale e della nobiltà feudale che rimasero in vigore anche colà dove e clero e feudalità furono svestiti della *potestà di punire*. Le immunità personali furon fondamento ad ineguaglianza di pena tra'nobili e i plebei; e l'adagio che ciascuno debba esser giudicato da'suoi eguali addimostra sempre più come altra forma di giustizia signoreggiava pe'primi ed altra per i secondi (3). Federico II e Carlo III furono entrambi in Italia avversarii di siffatte esenzioni; ma esse vennero riprodotte da tristi signorie. Con la rivoluzione dell'ottantanove abolita in fine la feudalità, per l'efficacia del novello principio dell'eguaglianza giuridica le distinzioni anteriori furon tolte. Il Diritto vigente non più riconosce esenzioni ed immunità di persone, o privilegi d'in-

(1) *Aliter puniuntur iisdem facinoribus servi quam liberi* (l. 16 D. de poenis).

(2) *Sciendum est discrimina esse poenarum, neque omnes eadem poena affici posse* l. 9 D. de poenis. — Carrach. De reatu non omnem dignitatem excludente ad L. I, C. *ubi senator vel clariss.* Halae 1732.

(3) Nolden: De Statu nobilium civili, eorumque juribus, privilegiis et immunitatibus. Giessen 1621. — Manzel: De respectu personarum in foro criminali, Rost. 1737. — Meister: Dell'influenza che lo stato del delinquente ha nelle pene e nel procedimento penale (ted.). Gott. 1784. — Leyseri: Medd. ad Pand. Spec. 664 — Boehmeri: Obss. ad Carpzov. qu. 82, n. 4, qu. 148, n. 4.

nanti all'efficacia della legge penale. Così il foro ecclesiastico come competente per i delitti dei chierici è abolito. Così alle giurisdizioni proprie dei militari per qualunque reato sono sottentrate leggi speciali concernenti non la persona ma i doveri della milizia e le loro violazioni, senza punto derogarsi alle instituzioni penali comuni per tutti gli altri fatti criminosi. La legge penale per tanto opera *egualmente* su tutti, astrazion fatta da distinzione di ceti, da condizione personale; e questa è una delle conquiste che il progresso della civiltà ha introdotto nella nostra come nella maggior parte delle attuali legislazioni.

§ 2. Non di manco il Diritto Pubblico interno ed il Diritto pubblico esterno, nelle varie legislazioni che attualmente sono in vigore, esercitano una efficacia limitatrice del principio di eguaglianza. Dal Diritto Pubblico interno derivano le eccezioni relative al Re, ai membri del Parlamento, agli organi del potere governativo. Dal Diritto Pubblico esterno deriva l'instituto della *immunità dei Sovrani stranieri e dei legati*. Le quali eccezioni vedremo concatenarsi ad altri principii giuridici; e segnatamente vedremo che non sono nemmeno privilegi inerenti alle persone, ma all'ufficio che si rappresenta e per condizioni speciali del medesimo.

§ 3. Innanzi tutto relativamente al Re noi diciamo che inerente alla monarchia, e soprattutto alla costituzionale, è il circondarla di certo splendore, il collocarla a tale altezza che non si possa permettere di soggettarla all'efficacia ordinaria della legge Penale (1). Diritto necessario di tutte le monarchie, come lo addimanda l'Ortolan, e che trovasi formolato ordinariamente nelle varie costituzioni monarchiche è quello dell'inviolabilità del principe. Nella sua proprietà sottoposto al Diritto privato del paese, il Principe non può essere sottoposto alla legge penale come colui che rappresenta la Sovranità dello Stato e della legge. L'adagio della Monarchia assoluta è *Princeps legibus solutus est.* Ma la nota propria delle monarchie costituzionali è di aver tradotto in instituto politico quel concetto: *Digna vox est maiestate*

(1) Fritzsch: Princeps peccans. Jena 1674. — Neumann: Comm. de delictis et poenis principum. Francf. 1753. — Lorieux: De la prérogative royale en France et en Angleterre. Paris 1840, vol. 2, in 8.

regnantis legibus suis principem se alligatum profiteri. Il Re come principe, come capo dello Stato, è esente da responsabilità, perocchè egli rappresenta il potere, non l'esercita, è depositario dell'idea del potere, non è chiamato a metterlo in movimento. Il Re regna e non governa; e la responsabilità è di coloro che governano. Il Re come uomo ha il privilegio di esser sottratto all'azione della legge penale in virtù dell'altra parte che egli rappresenta; il freno è tutto morale e nasce dallo stesso eminente grado che egli occupa nella vita sociale.

§ 4. L'altezza del mandato legislativo, l'indipendenza necessaria a compierlo, la sicurezza, che debbe avere colui che ne è investito, di non soggiacere ad altro potere dello Stato, essendo il Parlamento chiamato a censurare specialmente tutti gli atti del Governo in qualsiasi forma che assume il reggimento rappresentativo, rendono necessario il *privilegio parlamentare.* Esso (dice l'Ortolan) è surto e si è svolto in Inghilterra (1), si è formolato nella Costituzione americana del 1787, fu decretato dalla Costituente il 1789, si è inviscerato in tutte quelle Costituzioni che hanno organato il reggimento rappresentativo. Ma non è assoluta esenzione da qualsiasi responsabilità, non è assoluta indipendenza dall'efficacia della legge penale. Vediamo perciò in che cosa esso consista. Il nostro Statuto ha consecrato il sistema bicamerale (Senato e Camera dei Deputati). Epperò il privilegio parlamentare si distingue secondo la condizione di Senatore e quella di Deputato.

1.° Il Senatore ha un privilegio personale superiore a quello che compete ai Deputati. Il Senatore, come nominato a vita e rivestito del suo alto mandato in maniera irrevocabile, non può essere penalmente giudicato da altro potere dello Stato che dal Senato; e non può in niun modo essere imprigionato che per ordine del Senato, tranne il caso di flagranza di reato (articolo 37, Stat. Costituz.).

2.° Alla Camera dei Deputati è inerente un privilegio di minore intensità. I Deputati non possono essere imprigionati per

(1) V. Fischel: La costituzione d'Inghilterra. Lib. VII, c. 5, (ted.). — trad. franc. di *C. Vogel.* Paris. 1864.

reato, durante la sessione, tranne il caso di flagranza, come non possono essere sottoposti a giudizio penale senza il previo consenso della Camera (art. 45, Stat. Costituz.).

Un principio giuridico comune ai membri dell'una e dell'altra Camera è la esenzione da qualsiasi responsabilità legale per le opinioni i discorsi e i voti che metton fuori nel seno del Parlamento, rimanendo solo soggetti ad un freno puramente morale ed ai temperamenti disciplinari del Regolamento dell' assemblea per i possibili trascorsi (art. 51, Stat. Costituz.).

§ 5. Un instituto che trovasi per anche nella Legge fondamentale dello Stato è quello della responsabilità del Governo. Noi diremo innanzi tutto che condizione essenziale perchè il reggimento rappresentativo sia una verità, e soprattutto nelle monarchie costituzionali, è l'ordinamento della piena ed illimitata responsabilità del Governo e di tutti i suoi agenti; e come disse l'insigne pubblicista Necker, a cominciare dal primo ministro sino all'ultimo agente. Un instituto eminentemente politico è quello della responsabilità dei Ministri innanzi al Parlamento pei fatti del loro alto ufficio. La Costituzione dello Stato pone la responsabilità politica, che si concreta nel voto di censura del Parlamento, in virtù del principio che il reggimento parlamentare non è possibile senza che il Governo sia circondato dalla maggioranza parlamentare. Essa consacra pure una alta responsabilità giuridica e penale. « I ministri possono esser posti in accusa per gli atti del loro ufficio ». Alla Camera dei Deputati si appartiene il metterli in istato di accusa. Al Senato costituito in Alta Corte di Giustizia si appartiene il giudicarli (1). Oltre questa responsabilità dei Ministri, gli altri agenti del Governo sono responsabili come tutti gli altri individui. Intanto le leggi vigenti consacrano una limitazione al principio dell'eguale efficacia della legge, perpetuando un instituto proprio delle monarchie assolute, con la determinazione contenuta negli articoli 8 e 105 della Legge Comunale e Provinciale, i quali coprono di garentia i Prefetti, Sottoprefetti, ed i Sindaci, non ammettendo che possano essere, pe' reati del loro ufficio, sottoposti a giu-

(1) Art. 36, 47, 67 dello Statuto.

dizio se non previa la permissione del Governo ed udito il Consiglio di Stato. Ma questo instituto è contrario alla civiltà ed alla libertà, e può ingenerare che le violazioni della legge si nascondano sotto l'egida di una responsabilità ingiusta ed impossibile che il Governo assumerebbe per un suo agente secondario. Egli è però da far voti che lo instituto della necessità di scioglimento della garentìa per gli agenti secondari del Potere sia eliminato, come nel Belgio, e si ottenga per coloro che rappresentano l'autorità esecutrice dello Stato quello che già si è ottenuto per gli organi dell'autorità giudiziaria, cioè che essi senza limite veruno possano esser soggetti a giudizio senza che sia necessario l'intervento dell'autorità governativa o di altra autorità per permetterne la persecuzione.

§ 6. Passiamo ora alle eccezioni del Diritto internazionale.

1. Egli è usanza internazionale di accordare ai sovrani stranieri la *esterritorialità*, durante il loro soggiorno temporaneo in un paese (1).

2. Gli Ambasciadori ed altri agenti diplomatici rappresentano la propria nazione nel territorio straniero, e la rappresentano per tutte quelle attenenze che concernono i diritti e gli obblighi internazionali. Da questo instituto deriva che gli organi ai quali è affidato il rappresentare la personalità civile delle nazioni sono inviolabili come questa, in qualunque territorio si ritrovino. Non è già che il Diritto richieda l'impunità dei medesimi; ma a punirli è competente la Sovranità dello Stato al quale appartengono; e il Diritto richiede solo la loro inviolabilità d'innanzi alla Sovranità giuridica cui sono inviati (2).

(1) Klüber: Droit des gens moderne de l'Europe § 156.

(2) Oltre gli scrittori di Diritto internazionale e quelli specialmente che han trattato dei Legati e delle Legazioni (come Alberico Gentile, il Wiequefort etc.) egli è duopo consultare su questo instituto le opere infrascritte: Bouchel: Quaestio vetus et nova an legatum capere, retinere ac punire liceat (nell'opera del medesimo autore cui è titolo *Biblioth. du Droit françois.* Paris 1629). — Zouchaeus: Solutio quaestionis veteris et novae sive de legati delinquentis judice competente, Dissert. Berol. 1669. — Schleusing: De legatorum inviolabilitate. Lips. 1690. — Thomasius: De jure asyli legatorum aedibus competente. Lips. 1698. — Cocceji: De legato sancto non impuni. Francof. 1699. — Cas-

Antichissimo instituto dei popoli fu la inviolabilità dei legati. Nel Diritto Romano troviamo quel solenne dettato: *Sancti habentur legati* (1). E questo principio come scolpito nella coscienza umana si perpetuò nei tempi di mezzo. Quando nel mondo moderno il Diritto delle genti si è venuto formando a scienza, tre opinioni sonosi elevate. La prima è quella del Binkersoehio, del Grozio, del Vattel e del Montesquieu che sostengono la inviolabilità assoluta dello ambasciadore e la indipendenza del medesimo dalla Sovranità del territorio. La seconda è quella del Tomasio e del Barbeyrac, i quali limitano il principio della inviolabilità col negarla per quei casi ove il legato ordisca cospirazioni, ecciti i sudditi alla ribellione, o faccia qualunque atto in cui si conduca da nemico. La terza opinione è quella del Perezio, del De Vera, del Cocceio, i quali ritengono l'inviolabilità ma negano la indipendenza dalla giurisdizione territoriale, affermando che la inviolabilità è protezione contro l'ingiustizia non già contra il Diritto, e dee produrre la sicurezza personale e non l'impunità del delinquente.

In mezzo a queste opinioni l'usanza internazionale, secondo attesta il Martens (2), ha consecrato il pronunciato seguente: « Il legato rappresenta la sua nazione, e come tale non può soggiacere a quella legge penale che è emanazione di uno Stato al quale egli non appartiene; ed essendo l'organo della personalità civile della sua nazione, la nazione presso la quale ei si trova non può avere potestà suprema sovra lui ». Questo prin-

sius (Wilde): Diatribe de jure et judice legatorum. Francf. 1712. — Lehmann: Diss. de vero atque certo fundamento jurium ac speciatim sanctitatis legatorum. Jen. 1718.— Bynkersoekh: De foro competente legatorum. Lugd. Bat. 1721.— Hoogeveen: Legatorum origo et sanctimonia. Lugd. Bat. 1763.— Walden: De legati admissi et non admissi inviolabilitate. Marb. 1767. — Kahrel: De sanctitate legatorum. Marb. 1769.— Ambrosius: De judice competente legatorum eorumque comitum. Viennae 1774. — Evertsen de Jonge: Su' limiti dei diritti dei legati (oland.). Utrecht 1850. — Gessnerus: De jure uxoris legati atque legatae commentatio. Halae 1851.

(1) L. 17 C. de legat. Cf. L. 7 C. ad L. Jul. de vi pub. — L. 24 § 1 C. de judic.

(2) Précis du Droit des gens § 218, 219.

cipio ingenera la conseguenza della esenzione del legato dalla giurisdizione territoriale. E l'usanza delle nazioni attribuisce la medesima immunità alla famiglia dell'ambasciadore e a tutte le persone dipendenti da lui quanto ai fatti che si avverano nella sua casa. Ma niun principio può stare senza la limitazione di altro principio, e soprattutto di quello che è base a tutti gli altri, cioè della giustizia, la quale richiede la punizione de'malefizi. Onde la stessa usanza internazionale riconosce che lo Stato, contro il quale il legato ha commesso un grave fatto criminoso, può dimandare il richiamo del medesimo, ovvero rimandarlo, e dare provvedimenti acconci a campare da ogni malefica efficacia—Finalmente egli è a notare che sarebbe erroneo il considerare la casa e la vettura dello ambasciadore, come il territorio dello Stato a cui egli appartiene. La casa e le vetture dell'ambasciadore sono inviolabili ma non nel senso che possan divenire rifugio pei malfattori. Esse son poste sotto la protezione dell'autorità locale, e debbon essere immuni da ogni oltraggio, e senza permissione dell'ambasciadore non è dato penetrarvi, salvo i casi in cui urgente necessità richiedesse l'adito delle autorità locali; nel qual rincontro è necessario aspettare le determinazioni del Governo.

CAPO III.

DELL' ESTRADIZIONE (1)

> « Le nazioni debbono aiutarsi a far rispettare i diritti della giustizia »
>
> HAUS, *Cours de Droit Crim.* n. 451.

§ 1. A compiere la dottrina della efficacia della legge penale egli è duopo ragionare di un instituto che forma parte del Diritto internazionale e che consiste nello aiuto che le varie nazioni civili si porgono a vicenda perchè l'azione e la efficacia giuridica della legge penale dei singoli Stati non rimanga impedita dal ricoverarsi di un delinquente in territorio non appartenente a quello Stato che è chiamato a punirlo. Imperocchè bene spesso egli accade che un delinquente o un imputato di maleficio incalzato dalla giustizia penale di uno Stato cerchi in territorio diverso da quello appartenente allo Stato che lo persegue un asilo che gli assicuri la impunità o lo sottragga alle persecuzioni; e riponga la sua fiducia in questo che per il principio di autonomia degli Stati la Sovranità di un dato Stato non può esercitare gli atti inerenti alla sua natura, come il catturare, il giudicare, il sottoporro ad esecuzione di

(1) GAERTNER: De eo quod justum est circa exhibitionem reorum. Lips. 1729. — ZOLLER: De remissione delinquentium. Lips. 1770. — GUTJAHR: De exhibitione delinquentium Diss. II. Lips. 1793, 1797. — WINKLER: De remissione reorum (nei suoi Opusc. min. IV. Dresd. 1792-97). — DE RANITZ: Comment. de recipiendis exteris (negli Ann. dell' Univ. di Leida 1818, 1819). — LECLERCQ: De transfugis reddendis. Lugd. Bat. 1823. — PROVO-KLUIT: De deditione profugorum. Leod. 1829. — BULMERINCQ: Il diritto di asilo. Dorpat. 1853. — MARQUARDSEN: Art. *Estradizione* nello *Staats-Lexicon* di Rotteck e Welcker. — MOHL: Dottrina internaz. dell'asilo (ted.). Tubinga 1860. — GASTON DE ROUGERS: Art. *Extradition* nel *Dictionaire de la Politique* par *M. Block.* Paris 1863. — AVIO: Della estradizione. Genova 1865. — SCISCIO: Diritto di estradizione. Pisa 1865.

pena, fuori dei limiti del suo territorio, in territorio che è appartenente ad altro Stato (epperò ad altra Sovranità è sottoposto), senza violare l'indipendenza che è propria di ciascuno Stato nazionale, indipendenza che ha per espressione e per garentia che la Sovranità di ciascuno Stato nazionale operi ad esclusione di ogni altra nel territorio che alla nazione si appartiene. E appunto a ciò porge rimedio l'instituto internazionale della reciproca consegna dei delinquenti profughi. Esso ha nome di *estradizione;* e la genesi di un tal nome non è già, come pretese il Nicolini, una *ditio* o *potestas extra territorium* (*extra-ditio*), perchè non è a supporre che la legge penale di uno Stato possa avere efficacia fuori del territorio dello Stato medesimo; la genesi di quel nome sta nella *traditio* o consegna; perocchè l'essere proprio dello instituto si appalesa in questo che il fuggitivo è catturato per opera dello Stato nel cui territorio si ricovera, ed è da questo consegnato alla Sovranità di quello Stato che è chiamato a punirlo (*ex-traditio*).

§ 2. Diverse sono le opinioni dei pubblicisti sul fondamento di questo instituto. Alcuni ne impugnano la legittimità, o affermando che quando il fuggitivo non viola le leggi del paese sul cui territorio si ricovera, il consegnarlo sia un violare la libertà personale (1), o ritenendo che ogni Stato abbia a punire il delitto per quanto può, dovunque, da qualunque e contro qualunque esso sia stato commesso (2), ovvero ravvisandovi un pericolo di persecuzione contro innocenti (3). Altri per l'opposto han creduto che lo Stato abbia il debito di concedere la estradizione anche senza i trattati. E tra questi son da noverare il Grozio, il quale afferma che lo Stato nel negarla si fa complice del delitto (4), e con lui il Cocceio (5), il Buddeo (6), il Covarruvia (7), ed il Vattel che l'ammette pe' gravi reati

(1) Cauchots Lemaire et Guyet: Appel à l'opinion publique. La Haye 1817.
(2) Pincheiro-Ferreira: Cours de Droit publ. 77, p. 32, p. 179.
(3) Schmalz: Diritto internaz. p. 158.
(4) De Iure belli et pacis Lib. II, c. 21.
(5) Praelect. ad Grotii librum.
(6) Iurispr. histor. specim. p. 317.
(7) Pract. quaest., c. XI.

sul fondamento che ogni Stato dee punire i nemici della società umana, e meglio ciò adempie, cooperandosi perchè li punisca quello Stato il cui territorio fu teatro del maleficio (1). Fra queste due opinioni ve ne ha una terza ed è di coloro che giustificano l'estradizione per motivi di interesse politico o sociale come un instituto regolato o da ragioni di convenienza politica o dall' interesse dello Stato che l'accorda per ottenerla anch'esso reciprocamente. Ed in questa categoria voglionsi annoverare il Pufendorf (2), l'Oppenheim (3), il Martens (4), il Klüber (5), il Foelix (6), lo Story (7), il Mittermaier (8), l'Heffter (9), il Marquardsen (10), il Bertauld (11), il Trébutien (12), ed il Bar; il quale ultimo dice nettamente che spesso uno Stato sarà in condizione di chiedere ad altro Stato l'aiuto a perseguire un delinquente; che nel Diritto delle genti la osservanza della reciprocità è regola, e solo porgendo assistenza agli altri la si può dagli altri pretendere; sicchè in questa reciprocanza fondata sull'interesse del proprio diritto è riposto il fondamento della *extraditio* (13). Tutte queste opinioni ci paiono dilungarci dal vero. Alla pretesa illegittimità ed ai pericoli dell' instituto risponde eloquentemente la sempre crescente mole di convenzioni relative alla estradizione segnatamente pe' reati comuni. D'altro canto, se egli è indubitato che un trattato debbe considerarsi come vincolo di Diritto positivo fra nazione e nazione, pure alla convenzione internazionale dee trovarsi in fondo un principio giuridico che legittimi il trattato stesso, altri-

(1) Droit des gens II. § 230 segg.
(2) Ius nat. et gentium L. VIII, 6, § 12.
(3) Sistema del Diritto internazionale (ted.). Francof. 1845, p. 192, 382.
(4) Compendio del Diritto delle genti § 101.
(5) Diritto delle genti moderne § 64.
(6) Il Diritto internazionale privato II, n. 608.
(7) Commentarii sul conflitto delle leggi §§ 626, 627.
(8) Procedimento penale.
(9) Diritto internazionale europeo § 63.
(10) Art. *Estradizione* nello *Staats-Lexicon* di Rotteck, e Welcker, p. 49.
(11) Cours de Code pénal et de Legislat. criminelle, Leçon XXVII.
(12) Cours de Droit Criminel, Leçon XLVII.
(13) Diritto internazionale, privato e penale, §§ 147 a 154.

mente esso sarebbe una ingiustizia internazionale a danno degli individui. Invocare a fondamento sia la reciprocanza (la quale è forma e non fondamento del Diritto), sia l'interesse politico di uno Stato, è lo stesso che negare l'intrinseca legittimità di un tale instituto. Ora un fondamento giuridico di tutte le convenzioni internazionali relative alla estradizione fu ravvisato da taluni pubblicisti come sussistente nell'ordine giuridico universale, il quale è superiore all'interesse proprio di questo o di quello Stato, ed è comune a tutte le nazioni civili. Così il Mohl sostenne che il reato commesso contro quest'ordine giuridico universale è anco una violazione del Diritto nazionale, e l'estradizione ha luogo solo perchè lo Stato che l'ottiene è il più interessato e quello che meglio trovasi in grado di investigare (1). Ed il Bluntschli notò che, come l'individuo non basta allo adempimento del suo dovere quando fa ciò che è giusto, nella sua propria sfera di azione, senza aiutare gli altri a fare ciò che è giusto nella loro sfera, così del pari uno Stato non adempie tutto il suo debito quando nel solo suo dominio esercita la giustizia e si ricusa poi di porgere agli altri l'aiuto giuridico necessario; sicchè il debito della estradizione sorge dall'universale solidarietà per l'attuazione della giustizia (2). La qual dottrina non esclude per altro che uno Stato per pretendere *legalmente* la estradizione ha bisogno di un trattato su cui fondare la sua pretensione legale, non potendo esercitare alcuna pressione verso un altro Stato indipendente; e non esclude che anche senza trattati si possa chiedere ed ottenere la estradizione, quando alla nazione che chiede la estradizione risponde affermativamente per proprio beneplacito la nazione cui l'estradizione vien chiesta; imperocchè in quel chiedere ed in quel concedere spontaneamente trova la sua attuazione un principio razionale in mancanza di trattato. Questa dottrina fu accolta interamente dall'Haus (3), e dallo Hélie (4),

(1) Revisione della dottrina dell'asilo nell'opera *Staatsrecht* p. 710 seg.

(2) Bluntschli: Dizionario politico (ted.) I, 321.

(3) Cours de Droit Criminel n. 454 seg.

(4) Théorie du C. d'Instr. Crim.

e ci sembra essere la più adequata. L'estradizione insomma è fondata sul principio giuridico che tutti gli Stati debbono coadjuvarsi nello adempiere il comune mandato della giustizia sociale; e come più si va riconoscendo una giustizia comune superiore alle nazioni, più deve esser riconosciuto come debito di giustizia internazionale che si stipulino trattati fra le nazioni per soccorrersi a vicenda nella punizione dei rei. Imperocchè l'autonomia dello Stato nazionale, fondamento della inviolabilità del territorio, è qualche cosa di radicato nel Diritto; epperò non deesi tollerare che questa inviolabilità del territorio si ritorca contro il Diritto, diventando mezzo di agevolazione alla fuga ed alla impunità dei delinquenti. Cesare Beccaria disse: « la persuasione di non trovar niun luogo sulla terra ove il maleficio possa rimanere impunito sarebbe il mezzo più efficace di antivenirlo (1) ». Ma non sul fondamento della prevenzione del delitto, bensì su quello del dovere che le umane colleganze han tutte di fare che il Diritto regni, è fondato l'instituto di questa agevolazione reciproca fra gli Stati per la punizione dei delinquenti.

§ 3. La Storia del Diritto ci addimostra per modo chiaro come l'estradizione è una rivelazione del principio di giustizia nelle attenenze internazionali. Nei tempi antichi lo straniero che si rifuggiva per protezione appo gl'Iddii del paese, e quello soprattutto che nel paese di sua dimora avea commesso delitto contro lo straniero, non era consegnato; il cittadino proprio era consegnato dallo Stato solo allorquando la sua reità verso uno Stato straniero era sì grave che egli doveva essere immolato alla sua vendetta; ed anco in questo caso non sempre era consegnato il delinquente alla Sovranità straniera. Così sorse lo instituto contrario alla consegna dei delinquenti, cioè l'*asilo internazionale*, fondato sullo stesso principio religioso su cui si poggiò l'asilo dell'immunità dei templi o delle statue degli Iddii, benchè di natura interamente diversa. Nel Medio Evo l'opinione fu generalmente avversa alla estradizione dei profughi, atteso lo stato di dislegamento sociale per cui nello Stato vi eran più Stati, e il ricoverarsi sotto l'egida del vassallaggio

(1) Delitti e pene § XXI.

verso un potere serviva ad impedire la persecuzione dell'altro (*saepe deo irato fert deus alter opem*). La Chiesa avvalorò lo instituto dell'asilo religioso sottoponendo per altro a pratiche di penitenza i delinquenti che vi si ricoveravano. Ma l'asilo feudale ingenerò nelle nazioni moderne l'avversione alla consegna dei rei, tuttochè spesso il Principato minacciasse pene a coloro che ricettavano colpevoli fuggitivi. L'antica instituzione della *remissio delinquentium* riconosciuta da Roma entro i limiti segnati dall'interesse politico cadde totalmente in desuetudine (1). Non di meno come comincia a prendere assetto il sistema moderno degli Stati, e nelle relazioni internazionali va sottentrando alla ragion della forza la forza della ragione, cominciano verso il cadere del secolo XIV a sorgere convenzioni sulla consegna dei delinquenti. Così nel 1376 ebbe luogo un primo patto tra la Francia e la Savoia; e nel preambolo di quel patto già si appalesa per maniera istintiva il principio giuridico (2). Altra Convenzione si porse nel 1617 tra il Brandeburgo, la Pomerania e Mecklenburgo. E spesso nel secolo XVII la estradizione fu volontariamente accordata con promessa di reciprocanza, anche in mancanza di convenzioni stipulate. Ma nel secolo XVIII ad una col progressivo esplicamento del Diritto internazionale i trattati di estradizione si moltiplicarono; e fra questi merita precipuamente menzione il trattato del 19 agosto 1768 tra la Francia e la Svizzera per reati di assassinio, veneficio, incendio, falso in atti pubblici, e commerciali, falsa moneta, furto violento, e bancarotta dolosa. Nel secolo XIX l'instituto dell'estradizione cominciò dallo insinuarsi nel trattato di pace di Amiens del 27 marzo 1802 fra la Gran Brettagna la Francia, la Spagna e la Repubblica Batava per la consegna di persone accusate di omicidio, falsità e bancarotta fraudolenta. E poscia si ampliò per il moltiplicarsi delle convenzioni internazionali ad esso relative, segnatamente dopo la convenzione

(1) Il Carpzovio dice: « *Remissiones delinquentium ubivis fere locorum in desuetudinem abierunt* ». Pract. Nov. Imp. Sax. § 53—Cf. *Clar.* Sent. V, qu. 38.

(2) *Considerantes detestabilia crimina et actus ne furios defectu remissionis delinquentium non factae sine correctione debita committi.*

tra il Belgio e la Francia, del 1834, che è stata come il tipo delle altre convenzioni internazionali sull'estradizione. Di guisa che si può dire che un tale iustituto è al dì d'oggi universalmente ricouosciuto. E malgrado poche eccezioni, dalla simiglianza del contenuto negli atti diplomatici si può ricavare alcuni principii generali che formano per così dire il *comune jus extraditionis*. « L'estradizioue, è sottentrata agli asili, grossolano avanzo delle età antiche, che confondeano la santa ospitalità con l'impunità più temeraria, e credeano onorare la divinità stendendo la sua protezione sul maleficio. Svolta con la civiltà, essa è divenuta una disposizione familiare ai tempi nostri moderni. Più potente, secondo che più intime e frequenti son divenute le attenenze dei popoli, secondo che la coltura si è aggrandita e vi è stato progresso nei costumi, essa è destinata ad avere una parte sempre maggiore nelle attenenze internazionali, perchè senza il suo soccorso la rapidità dei mezzi di tramutamento e la facilità delle comunicazioni sottrarrebbero alle persecuzioni i più dei colpevoli, e colpirebbero d'impotenza ogui giustizia (1) ».

§ 4. I piccoli Stati d'Italia prima del 1860 stipularono convenzioni tra loro o con altre potenze. Ma quelle convenzioni non hanno più vigore veruno per lo assorbimeuto di quegli Stati nel Nuovo Regno d'Italia; e solo continuano ad aver vigore i trattati stipulati dal Governo Sardo co'Potentati stranieri. Essi sono:

1) la convenzione con la Francia del 23 maggio 1838 seguita dalla dichiarazione del 9 novembre del medesimo anno, e che, mentre ha per base il precedente trattato stipulato nel 1834 tra la Francia ed il Belgio, è il comune fondamento delle altre convenzioni stipulate dal Governo Sardo posteriormente;

2) la convenzione del 6 giugno 1838 con l'Austria;

3) la convenzione del 28 aprile 1843 co'Cantoni di Lucerna, Berna, Uri, Schwitz, Unterwalden, Glaris, Zug, Friburgo, Soleure, Basilea, Campagna, Sciaffusa, Argovia, Turgovia, Ticino, e Vaud: alla quale aderirono il Cantone del Vallese con Nota del 14 febbraio 1844, i Cantoni di Zurigo, S. Gallo, ed Appenzel con Nota del 9 ottobre 1844, il Cantone di Neuchatel con

(1) Théorie du C. d'Istr. Crim. — De l'action publique n. 929.

Nota del 3 marzo 1856, e il Cantone dei Grigioni con Nota del 1 dicembre 1860;

4) la convenzione del 26 gennaio 1852 col Governo del Belgio;

5) la convenzione del 6 settembre 1857 con la Spagna.

Ed a queste stipulazioni generali bisogna aggiungere il documento del 10 marzo 1855 dal quale emerge l'ordine di S. M. la regina d'Inghilterra per la consegna reciproca dei disertori della marina mercantile (1).

Tutti questi trattati si fondano su quelle medesime basi che costituiscono il *comune jus extraditionis* nel secolo che corre. Epperò nel farci ad esporre le varie determinazioni che emergono dal loro complesso, diciamo anzi tutto che essi rispondono alla legge belgica del 1 ottobre 1833 ed alle leggi francesi del 1850, non che alla Istruzione circolare del Guardasigilli di Francia del 5 aprile 1841, nei quali documenti contengonsi formulate con precisione le regole intorno l'estradizione comunemente accolte nel Diritto delle genti.

§ 5. Il primo obbietto da determinare nello instituto dell'estradizione è quello della materia punibile cui essa si riferisce. L'estradizione dee limitarsi nei confini del principio di giustizia comune alle varie nazioni, epperò superiore agli interessi speciali di ciascuna di esse. Se in nome della giustizia uno Stato dee pretendere la consegna dei fuggitivi da un altro Stato, uopo è che questo riconosca la giustizia intrinseca della punizione. Epperò i trattati sogliono indicare i reati comunemente considerati da tutte le legislazioni come fatti criminosi, e da tutte egualmente puniti. Nei trattati di estradizione che oggi han vigore per tutto il regno d'Italia è fatta menzione 1) dei reati di sangue (assassinio, veneficio, omicidio volontario semplice, aborto procurato, esposizione d'infante); 2) dei reati contro il pudore della persona (stupro o altro violento attentato al pudore); 3) dell'incendio volontario; 4) dei reati contro la proprietà (furto vio-

(1) V. *Raccolta dei Trattati e delle convenzioni commerciali in vigore tra l'Italia e gli Stati stranieri*, compilato per cura del Ministero per gli Affari Esteri di S. M. il Re d'Italia. Torino 1862, 1 vol. in 8. Dal 1860 in poi il Regno d'Italia ha conchiuso altri trattati di estradizione con la stessa Spagna, e con gli Stati Uniti di America.

lento, scrocco); 5) di certi reati contro l'amministrazione della giustizia (come la concussione e la sottrazione commessa da pubblici depositarii); 6) della bancarotta fraudolenta; 7) del falso sia nelle monete o valori monetarii, sia nelle scritture, sia nelle querele o denunzie o testimonianze (1). Ma fuori di questi casi preveduti nelle convenzioni, niuno toglie che gli altri reati di simil natura possano anco senza trattato precedente e per volontario consenso dei Potentati, dar materia ad estradizione. Secondo alcune legislazioni, tra le quali è la nostra, questo è lasciato alla prudenza del Governo. Se non che in parecchi Stati, come nel Belgio, si è avuto cura di formulare una legge che ha designato e circoscritto la facoltà del potere esecutivo su tali materie.

Qui si concatena un'altra determinazione, quella cioè che esclude l'estradizione per reati politici ed anche per reati comuni annessi ai reati politici. — Imperocchè s'egli è il vero che i reati politici son da considerare come reati, pure la natura del reato politico varia dall'un paese all'altro. « Sarebbe odioso, (dice lo Hélie) abbandonare alla vendetta delle fazioni uomini cui la vendetta delle fazioni ha costretto ad esulare. Questo sentimento di umanità svolto dagli esempi delle dissensioni civili nella maggior parte dei popoli si è elevato all'altezza di un principio. L'asilo dei tempi antichi, l'asilo del territorio si è perpetuato in materia politica (2) ». Questa determinazione si rinviene nei trattati già stipulati (3); e la giureprudenza internazionale ha fermato che anche quando non è espressa la esclusione dei reati politici, e dei reati che sono connessi ai reati politici, essa s'abbia ad intendere come stipulata (4).

(1) Conv. con la Francia art. 2 — Conv. con l'Austria art. 1 — Conv. con la Svizzera art. 2 — Conv. col Belgio art. 1 — Conv. con la Spagna art. 3.

(2) Cf. *Istruz. del Guardasigilli in Francia* del 5 aprile 1841; « I delitti politici si compiono in condizioni così difficili a valutarsi, nascono da passioni così ardenti (le quali sovente fiate sono la loro scusa) che la Francia mantiene la estradizione non dover aver luogo per fatti politici ».

(3) Conv. con la Francia art. 7 — Conv. con l'Austria art. 2 — Conv. con la Svizzera art. 8 — Conv. col Belgio art. 6 — Conv. con la Spagna art. 2.

(4) Kluit: Diss. cit. p. 79. — Tittmann: Op. cit. p. 27. — Foelix: Droit intern. p. 580.

Un'altra conseguenza di questo principio della giustizia si è che se nelle leggi dello Stato richiesto vi fosse ostacolo alla punizione del reato, come nel caso di prescrizione, lo Stato richiesto non è tenuto alla estradizione (1).

§ 6. Un secondo obbietto di determinazione è relativo agl'individui da consegnare. Ora su ciò si presentano due regole.

1) Quasi tutti gli Stati, tranne l'Inghilterra e l'America del Nord non consegnano i propri cittadini; il che in alcuni Stati è fermato ancora per via di legge (2). Ed il fondamento di questa limitazione sta in ciò che il nazionale non può essere per opera dello Stato sottratto ai suoi giudici naturali ed alle forme del procedimento statuito dalle sue leggi perchè si accerti se egli è o non è colpevole di un dato reato. L'Inghilterra e l'America consegnano i propri sudditi in virtù del principio di territorialità cui si attengono strettamente. La maggior parte degli scrittori sono concordi nel giustificare il comune instituto della niuna consegna dei propri cittadini (3). Ma per evitare che rimanga impunito il reato, per non avvenuta consegnazione, il delinquente nazionale dee soggiacere a giudizio da parte dello Stato stesso che nol consegna. E questo emerge ancora come determinazione del Diritto penale italiano dai trattati già stipulati (4), e rende sempre più giustificata la determinazione di cui abbiamo innanzi favellato, che cioè il nazionale che delinque in paese straniero anche contro stranieri, se perviene nel territorio dello Stato, sarà giudicato e punito secondo le leggi dello Stato (art. 6 C. Pen.).

2) L'estradizione debbe aver luogo, o che l'individuo richiesto da una Potenza sia suddito della medesima, o straniero,

(1) Conv. con la Francia art. 7 — Conv. con la Svizzera art. 9 — Conv. col Belgio art. 6 — Conv. con la Spagna art. 7.

(2) L. belg. del 1° ott. 1833 — L. fond. del Braunscereig § 306 — C. Pen. del Wurtemb. art. 6 — di Baden § 7 — di Austria § 36 — di Oldemb. art. 301 — C. toscano dal 1853.

(3) Vattel, I, § 232. — Martens, § 101. — Wheaton, I, p. 139. — Ortolan, n. 867. — Hélie, p. 668. — Foelix II, n. 324. — Oopenheim, p. 192. — Mittermaier, § 59. — Heffter, 118.

(4) Conv. con l'Austria art. 3 — Conv. con la Francia art. 1 — Conv. con la Svizzera arg. art. 1 — Conv. col Belgio arg. art. 1 — Conv. con la Spagna art. 1.

bastando solo all'ammissibilità dell'estradizione che lo Stato che richiede sia per appunto quello che è chiamato a punire. Di ciò non v'ha dubbio rispetto a colui che appartiene allo Stato richiedente. Ma la condizione di straniero allo Stato richiedente ed a quello cui è fatta la richiesta di estradizione è variamente regolata dai trattati. Secondo alcuni trattati è indifferente che il fuggitivo richiesto appartenga o non allo Stato che lo richiede; secondo altri egli è pure indifferente, ma vuolsi comunicare almeno il fatto alla Sovranità cui lo straniero è sottoposto, e da ultimo ci ha pure dei trattati nei quali è statuito espressamente che bisogna chiedere l'assenso del terzo Stato a cui l'individuo appartiene. — Questa fluttuazione di determinazioni si appalesa altresì nel Diritto Penale italiano. Imperocchè nella dichiarazione addizionale del 29 novembre 1838 alla convenzione con la Francia, nell'art. 1 della Convenzione coi Cantoni della Svizzera, nell'art. 2 della Convenzione col Belgio è espressamente statuito che bisogna che lo Stato richiedente si dirizzi a quello Stato da cui dipende il fuggitivo, e solo col suo assenso l'estradizione può aver luogo. Ed invece nella Convenzione colla Spagna non si stabilisce nulla a ciò relativo. — L'uso internazionale si è che prima di accordare la estradizione si comunica la dimanda alla Potenza da cui dipende l'accusato perchè possa vegliare su di lui e far valere la difesa di diritto, ma il semplice rifiuto di assenso non dee mettere ostacolo alla estradizione. — Se non che quest'uso non può reputarsi in vigore quando vi sia patto espresso delle due Potenze di chiedere l'assenso del governo da cui il fuggitivo dipende.

§ 7. Alle determinazioni di cui abbiam parlato finora se ne aggiungono altre che compiono la dottrina della estradizione.

1. Le trattative per la estradizione sono fuori della cerchia del potere giudiziario; esse rimangono devolute ai Governi; le autorità giudiziarie preparano la materia, ma il dimandare ed il concedere son cose appartenenti ai governi rispettivi (1).

2. La forma dell'estradizione, sia che vi preceda un trattato,

(1) Art. 11 C. pen. « Non potrà consegnarsi verun delinquente ad alcuno degli Stati stranieri senza ordine del Governo del Re ».

sia cho un trattato non fosse per anco stipulato, è sempro quella di una dimanda cui tien dietro una concessione, per il vicendevole rispetto alla Sovranità ed indipendenza dei singoli Stati.

3. Questa dimanda dee contenere una giustificazione; al che si richiede come documento o il mandato di cattura se trattisi di un'imputato fuggitivo, o la sentenza di condanna se trattisi di un condannato (1). In tutt' i trattati che al dì d'oggi sono in vigore, e fra questi, nei trattati relativi al Regno d'Italia, si ha questa determinazione (2).

4. Il fuggitivo consegnato non può essere giudicato so non del fatto per cui si è ottenuta la estradizione, salvo il richiedersi una nuova estradizione per altri reati.

5. Nel caso di concorso di domande di estradizione bisognerebbe preferire lo Stato che deve punire il reato più grave, o se i reati sono di pari gravezza, lo Stato che primo l'ha chiesta.

6. Finalmente, la estradizione secondo alcuni trattati non può richiedersi nè concedersi, salvo il poter essere differita, quando colui che è fuggitivo, per altri reati che a lui sonosi addebitati trovasi sotto giudizio nel territorio dello Stato cui è fatta la richiesta o trovasi a sopportarvi pena per precedente reato. Questo principio è accolto in Francia ed in Germania e in tutte le moderne convenzioni, salvo che il reato del quale si dee rispondere innanzi allo Stato richiedente sia più grave di quello per il quale o il profugo è detenuto, o sopporta la pena. Ma l'estradizione non può essere impedita per ostacoli ingenerati da privati interessi e private controversie in cui il requisito può trovarsi avvolto; perchè gl'interessi privati non possono essere anteposti al superiore interesse morale dell'ordine, al principio della attuazione della giustizia punitrice (3).

(1) *Summaria inquisitio praecedat necesse est quae oriatur ex delicti istius probatione summaria solum a requirente litteris requisitoriis inserta.*—Carpzov. Practic. P. III, qu. 110, n. 66. — Farinac. Prax. Crimin. I, lit. I, qu. 7, n. 34. — Grotius II, 21, § 4, n. 1.

(2) Conv. con la Francia art. 4 — Conv. con l'Austria, art. 2 — Conv. con la Svizzera, art. 4 — Conv. col Belgio, art. 4 — Conv. con la Spagna art. 5.

(3) Conv. con la Francia, art. 5 — Conv. con l'Anstria, art. 6 — Conv. con la Svizzera, art. 7 — Conv. col Belgio, art. 3 — Conv. con la Spagna, art. 6, 9.

ESPOSIZIONE SISTEMATICA

DEL

DIRITTO PENALE ITALIANO

PARTE PRIMA

LEZIONI SUL CODICE PENALE

TRATTATO PRIMO

PENALITÀ GENERALE

TRATTATO DI PENALITÀ GENERALE

LIBRO PRIMO

DOTTRINA GENERALE DEL REATO.

CAPO I.

NOZIONI DEL REATO E SUE CONDIZIONI ESSENZIALI (1).

> « La voce *delitto*, presa nel suo significato
> » originario e in pari tempo il più esteso,
> » denoterebbe ogni deviazione, o in altri
> » termini ogni violazione qualsiasi del
> » Diritto. Ma l'uso è venuto a restringere
> » a gradi diversi questa primitiva signi-
> » ficazione ».
>
> ORT., *Elements de Droit Pén.* n. 561.

§ 1. Quello insorgere della individualità umana contro il Diritto per cui deve apparire l'azione riparatrice della giustizia penale vuol esser designato con un nome che ne fissi l'idea generale. La voce *maleficio* sarebbe la più acconcia ad esprimere quell'operare il male, che vuol esser negato mercè la punizione di colui che ne fu cagione, e questa voce trovasi pure adoperata dai Romani. Ma oltre ad essa i giureconsulti romani adoperarono ancor quelle di *flagitium*, *scelus*, *facinus*, *peccatum*, *crimen*, *delictum*, *fraus*, *noxa*, *injuria*. Di tutte queste voci due sole furono più usitate in certo senso speciale. Imperocchè la voce *crimen* (da *cerno*, κρίνω *judico*) in prima significò il *publicum judicium*, e poscia servì a designare la materia dei pubblici giudizi, cioè il grave maleficio punito dallo Stato nel pubblico interesse (*crimina publica*), non che i fatti puniti *extra or-*

(1) SCHERTZ: De delictis. Argentor. 1730. — CLAUS: De natura delictorum. Jen. 1794. — HANSEL: De natura delictorum. Lips. 1810. — VAN DER TON: De delictis. Lovan. 1822. — BERNER: Sull'idea del reato, Diss. nell'Arch. del D. Crim. N. Serie 1849, pag. 442.

dinem judiciorum publicorum (*crimina extraordinaria*); e la voce *delitto* (*a delinquendo*) significò quel fatto che dava luogo ad un semplice giudizio penale pretorio (*delicta privata*) (1). — Queste due voci di *crimen* e *delictum* si trasmisero come voci tecniche nel Diritto Penale dell'età di mezzo, e nella pratica forense, ove spesso alla parola *crimen* si annodò il significato stretto di grave maleficio e alla parola *delictum* quello di maleficio lieve, ma non sì che talvolta non si adoperasse indistintamente l'una o l'altra per esprimere la trasgressione della legge che dà luogo a punizione. Così anche al sorgere dei codici moderni queste due voci furono adoperate. Nel Codice francese del 1810 *crime* significò propriamente il maleficio grave punito con pena afflittiva o infamante, *délit* il lieve maleficio punito con pena correzionale, e vi si aggiunse la parola *contravention* per indicare la trasgressione punibile con lievissime pene di polizia. Il Codice napoletano del 1819 adoperò una voce generica per tutti i maleficii, e fu quella di *reato* (2). Ma non lasciò di accogliere la tripartizione francese, fermando il nome di *misfatto* per il reato grave, punito con pena criminale, il nome di *delitto* per il reato lieve, punito con pena correzionale, ed il nome di *contravvenzione* per il reato lievissimo punito con pena di polizia. Questo sistema di denominazione fu seguito dal Codice Albertino del 1839 e dal Codice vigente, col solo divario che il grave reato, in cambio di denominarsi *misfatto*, vi ebbe il nome di *crimine* (art. 1, e 2, C. pen.) (3).

(1) Cf. Birnbaum: Del divario tra *crimen* e *delictum* appo i Romani (ted.) nel N. A. del Dir. Crim. VIII, p. 396 seg.; 643, IX, p. 339. — De Hagen: Comm. de quaestione quale sit discrimen inter delicta publica tam ordinaria quam extraord. atque privata ex principiis Iuris romani. Gott. 1832.

(2) *Reatus* nel linguaggio giuridico dei Romani denotava lo stato di colui che trovavasi sottoposto a procedimento criminale (l. 25, D. de poenis — l. 2 § 1, D. de bonis eorum).

(3) Questa tripartizione del C. francese fu censurata da Pellegrino Rossi come una specie di dispotismo sulla pubblica opinione. La censura era esagerata, come ben notò il Nicolini, perocchè non è che il legislatore dica esser crimine un dato reato perchè egli lo punisce con pena criminale, o un mero delitto perchè lo punisce con pena correzionale, ma addita solo la pena come criterio esteriore e pratico di ricognizione; e il Codice del 1819 premetteva

§ 2. Fermato così il nome legale del maleficio esser quello di *reato*, che abbraccia sotto di sè i tre nomi di *crimine*, *delitto*, e *contravvenzione*, egli è indispensabile passare alla determinazione dell'essenza propria del reato, alla sua diffinizione innanzi al Diritto positivo. Il Diritto Romano non diede una definizione del reato; onde gli interpetri cercarono di sopperire a tale mancanza con le loro diffinizioni. Tiberio Deciano diffinì il maleficio: *factum hominis vel dictum vel scriptum, dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla justa causa excusari potest* (1). Anton Mattei lo diffinì, *quod pubblicae vindictae gratia apud eum accusatur qui potestatem gladii habet ad animadvertendum in facinorosos homines* (2). Queste diffinizioni mancano di rigore scientifico. La prima è una descrizione in cui entrano come presupposti parecchie nozioni che presuppongono alla lor volta la nozione del maleficio. La seconda introduce il diffinito tra gli elementi della diffinizione, quando assume come carattere essenziale l'essere accusato innanzi a colui che ha la *potestas gladii* per punire i *facinorosi homines*, quasi che si potesse sapere in che consista l'esser *facinorosus* senza sapersi il *facinus* in che cosa consista — Alcune legislazioni moderne diedero una diffinizione del reato. Così la legge napoletana del 1808 diffinì il reato (che essa chiamava *delitto*) ogni azione od omissione contraria alle leggi penali (art. 1). Ma vi può essere azione od omissione contraria alla legge penale, vi può essere violazione della legge penale senza esservi reato; come per esempio una condanna può contenere una violazione della legge pe-

alla tripartizione una formola che rendeva inutile la censura, cioè: Ogni reato sarà punito *secondo la sua natura* con pene criminali o correzionali, o di polizia — Se non che la tripartizione non fu accolta nei Codici alemanni posteriori al 1838, tranne il C. prussiano del 1851; perocchè fu reputata una superfluità, non ad altro utile che a far piana la determinazione della competenza dei giudici penali in ragion di materia. Così anche la legislazione toscana non riconobbe che *delitti* e *trasgressioni di polizia;* e i delitti formavano materia del Codice penale dove che le trasgressioni erano materia del Regolamento di polizia punitiva. Il Mittermaier censura la tripartizione come *orbitrario* ed *inutile* (V. *Gerichtssaal*, 1862, p. 243).

(1) Tract. Crim. Lib. II, c. 3.

(2) De Crimin. Prolegom. c. 1.

nale, senza esser perciò un reato. Nè miglior diffinizione dal lato puramente pratico è quella che si contiene nel Codice degli antichi Stati Estensi: *La commissione o l'omissione di un'azione vietata o comandata dalla legge costituisce un delitto;* imperocchè v'ha parecchie cose che la legge comanda o vieta senza aggiungere la sanzione della pena alla trasgressione del comando o del divieto, ma limitandosi o a dichiarar nullo l'atto che contiene quella trasgressione o a far cadere una responsabilità meramente civile sull'autore della medesima. Ed oltre a ciò queste definizioni, se possono avere una importanza pratica, mancano di valore scientifico; perchè, in cambio di additare l'essenza del reato, risolvonsi a dire che il reato è reato, chi consideri che la legge penale vieta per appunto il reato. Assai più acconciamente il Codice napoletano del 1819 tralasciò di diffinire il reato lasciandone la cura alla scuola; ma il Codice attualmente in vigore dice: *Qualunque violazione della legge penale è un reato.* Non pertanto noi consideriamo queste parole non come una definizione, che siasi voluta dare, dell'essenza del reato, ma come una indicazione del nome che la legge dà al maleficio. Noi già abbiam detto, nei nostri Prolegomeni, che il maleficio è la *negazione del Diritto.* Una tal nozione è compiuta dal lato teoretico innanzi al Diritto razionale, ma vuol essere integrata con un qualche altro elemento che risponda alle esigenze del Diritto positivo. Imperocchè se dall'un canto egli è indubitato che dal Diritto in sè deriva la determinazione intrinseca che un'azione sia maleficio, d'altro canto egli è pure da noi assodato che non si debba senza la legge nè fuori della legge considerare un'azione come reato e come tale punirla (*nullum crimen sine lege*). Egli è perciò necessario che si compongano i due elementi della intrinseca contrapposizione al Diritto e della determinazione legale di siffatta contrapposizione in una nozione complessa. Il reato nel senso legale potrebbesi dunque diffinire *quel fatto dell'uomo che la legge considera come infrangimento del Diritto, e che perciò essa vieta sotto minaccia di una punizione.* E direttamente l'Hälschner sentenziò che se la legge è la forma necessaria in cui il Diritto ha la sua esistenza concreta, il reato non nella sua essenza ideale ma nella sua

finita apparizione ha per presupposto la legge e si appalesa come azione contraddittoria alla legge (1).

§ 3. Da questa nozione legale si desumono gli elementi essenziali del reato. E primamente il reato secondo la sua essenza ha per obbietto il Diritto del quale esso è violazione. Obbietto generale di siffatta violazione è il Diritto in sè medesimo; obbietto speciale è poi quel determinato dettato giuridico che l'operare umano infrange. L'essenza intima del reato sta nel *frangere jus*; epperò l'*objectum*, quello che sta di rincontro al reato nel momento della sua apparizione, è il Diritto nella sua autorità generale e in ciascuno dei suoi dettati. Il rapporto tra il reato ed il Diritto è quello della repugnanza, della contraddizione assoluta; l'uno dei termini di questo rapporto è il reato, l'altro è per appunto il Diritto. Il reato non ha per obbietto la religione, la scienza, la morale, l'industria, la educazione dell'umanità e dell'individuo. Queste alte direzioni dell'umana destinazione possono essere obbietto indiretto dell'operare il male, ma l'obbietto proprio diretto ed immediato del reato è il Diritto cui esso è ribellione, sostituendo all'imperio del Diritto sulla volontà dell'uomo il governarsi secondo la propria volontà in maniera contraddittoria ai dettati del Diritto. Il Diritto si riferisce alla religione, alla scienza, alla moralità, all'arte, all'industria, senza confondersi con niuna di queste cose; ma, procacciando a ciascuna di quelle direzioni dell'attività umana le sue condizioni esteriori di esistenza e di svolgimento, diviene Diritto della religione, Diritto della scienza, Diritto dell'industria, Diritto delle arti belle, Diritto dell'educazione. E il reato nello aver per obbietto di negazione ciascuna di queste branche viola in esse tutto il Diritto. Così parimente nè l'individuo nè la società umana è l'obbietto del reato, ma il Diritto che assicura e protegge l'esistenza e lo svolgimento della vita umana individuale e sociale.

§ 4. In secondo luogo *frangere jus* non è possibile che per opera di quegli esseri sui quali il *jus* deve imperare. Quando uno di quei fatti che il Diritto vuole che avvengano ad un mo-

(1) Sistema del Diritto penale prussiano, I, p. 19.

do non si avvera in quel dato modo che dal Diritto è voluto, non si ha per questo il reato; la morte di un uomo, l'incendio di una casa, lo scoppio di una mina, non son cose volute certamente dal Diritto, ma possono avverarsi come *infelicitas fati*. Il reato apparisce quando l'uomo, che ha il dovere di conformarsi al Diritto, di obbedire ai suoi dettati, rivolge contro il Diritto quell'attività che gli è legittimamente consentita e protetta perch'egli ottemperi ai suoi comandi. L'uomo solo può esser la causa di operazione che si avveri contraddittoria al Diritto. Il Diritto non è infranto che dagli esseri razionali e liberi. Solo l'uomo può esser causa d'infrangimento del Diritto. Questa possibile causalità del reato rende l'uomo il subbietto possibile del reato. Onde è che assurde sono da tenere quelle leggi che considerarono gli esseri inferiori all'Umanità come possibile subbietto di reato (1). E notisi come quelle leggi si presentino o prima del Diritto Romano (2) o dopo di esso (3); ma non ve ne ha traccia alcuna nel Diritto Romano; tanto in questo s'appalesava chiarita la coscienza dell'entità propria del Diritto. L'autore di un reato può dunque esser ignoto; ma non vi è reato se non vi è un uomo almeno che ne sia colpevole; non vi è reato senza un reo.

(1) Sommer: De poenis brutorum.— Mayer: de peccatis et poenis brutorum. (Queste due monografie sono citate dallo Charma nelle *Leçons de logique*, p. 330).

(2) Zoroastro punì di mutilazione il cane che mordesse (*Vendidad Sade* c. 13, p. 383).— Mosè facea lapidare il bue omicida (Exod. XXI, 28 a 36.— Levit. XXI, 18 a 21). — Dracone in Grecia punì di morte l'animale omicida (Plut. Vita di Solone); ed in Atene l'*Epipritaneo* giudicava i fatti di uccisione dell'uomo derivata da esseri inanimati (*Demosthen*. in Aristocr. *Polyb*. lib. VIII. c. 10).

(3) Nei tempi superstiziosi del Medio Evo v'era l'esorcismo contro gli animali malefici abbandonati al braccio secolare (*Legendre*, Traité de l'opinion. t. VI, p. 113). Il Jousse narra di un maialo impiccato in Francia nel secolo XV per aver ucciso un fanciullo (Traité de la Justic. crimin. tom. I, p. 5). Anco nel Diritto Canonico troviamo le vestigia di quest'assurdo, tuttochè esso stesso neghi la criminabilità dell'essere irrazionale: *Mulier quae accesserit ad omne pecus et vult ascendi ab eo, interficietis mulierem et pecus — morte moriantur; rei sunt. Quaeritur quomodo sit reum pecus cum sit irrationale nec ullo modo legis capax — Pecora* inde credendum est jussa interfici quia tali flagitio contaminata refricant facti memoriam (Can. 4. Caus. XX, qu. 1).— Cf. Clarus § fornic. n. 27.— Grimm. Ant. del Dir. Germ. p. 604.— Michelet. Orig. du Dir. fr. p. 354.

§ 5. Fra il subbietto trasgressore, che è l'uomo, e l'obbietto trasgredito, che è il Diritto, vi ha un elemento intermedio che è la materia stessa della trasgressione, la sostanzialità del reato. Se il Diritto è la norma che governa l'umana attività, la sua attuazione ha per teatro di apparizione questo dominio dell'operare, nè può esser trasgredito per conseguenza che nella manifestazione stessa dell'attività umana, nell'operare dell'uomo, nell'azione. L'azione è il movimento della nostra forza interna che si svolge al di fuori operando sulle forze circostanti; *agere* e *ducere* son voci che si convertono tra loro per rispetto al significato. L'opera è un movimento esteriore di un qualche essere, provveniente dalla sua interna energia. La materia del reato è dunque l'*azione*. Ma intorno a ciò son necessarie alcune considerazioni.

§ 6. — I. Innanzi tutto l'azione non è sempre una modificazione che s'imprime per nostro movimento nella realtà delle cose; imperocchè talvolta per cagion nostra si avvera un mutamento nella realità che ci è d'intorno, e in tal caso l'aver noi posto un modo di essere nella realità ingenera che la nostra azione dicasi positiva. Ma tal altra volta per nostra cagione quella realità che ci è d'intorno, mentre potrebbe da noi essere modificata, permane nello stato anteriore; e la realità esteriore, rimanendo immutata quando noi potevamo immutarla, può dirsi che per cagione nostra rimane immutata; ed in tal caso il nostro operare si appalesa come un rimanerci dal fare, come un non fare; ed anche in quel non fare l'uomo è sempre operoso, tuttochè l'apparenza lo mostri inerte, perchè l'attività si ripiega sovra sè medesima determinandosi al non fare e persistendo in cosiffatta determinazione. Così l'*omissione* è una specie di azione, e non altrimente che il fare positivo (commettere), può porsi come materia del reato. Ma egli è duopo di una distinzione. Quando un non fare è la cagione diretta dello avverarsi nella realità delle cose una mutazione contraria alle esigenze del Diritto (come è il negare gli alimenti a colui che è appena nato e che trovasi da noi chiuso in un luogo separato al tutto dal soccorso degli altri uomini), esso si converte in un fare; perchè quel mutamento della realità in cui consiste l'avvenimento

contrario al Diritto è l'effetto della nostra attività medesima (1). Fuori di questo caso la omissione è incriminabile solo in quanto è violazione di un debito speciale di fare alcuna cosa.

§ 7. — II. Il nostro fare positivo d'altro canto può venir distinto nelle due forme principali dell'attività nostra: la parola, e l'opera in senso stretto. La parola è un fare come l'opera, in quanto è l'atto di favellare, non già per il suo significato, se il significato della parola accenna ad una qualche azione materiale sia positiva sia negativa. Il dire che si vuole uccidere non è certo un fare nel senso dell'uccidere, o per dir meglio non è il reato dell'uccidere, ma ha il suo proprio contenuto, e questo è una specie di fare la quale consiste appunto nel produrre fuori di noi la parola rivelatrice del nostro pensiero criminoso. Ma il dire parole che rivelino il proponimento di uccidere può, indipendentemente dal fatto dell'uccidere, considerarsi come un'atto incriminabile per sè stesso; perchè, suscitando in altri il timore, viola il diritto della sicurezza personale con una minaccia. Per tal guisa può esser materia di reato così l'*azione* in senso stretto, cioè l'azione materiale, come la *parola*, che è pure una specie di azione, tuttochè più intimamente dell'azion materiale sia collegata con la nostra attività interna. Laonde adequata è quella sentenza che v'ha reati materiali, come il ferire, lo storpiare, l'uccidere, e reati puramente verbali, come la minaccia, l'ingiuria, la rivelazione di segreto; e meritamente fu detto che si può delinquere *aut verbo, aut opere* (2).

§ 8. — III. Quando si dice che l'azione costituisce la materia del

(1) In questo senso ha pur valore ciò che disse il giureconsulto Ulpiano: *Nihil interest occidat quis an causam mortis praebeat* (l. 15 D. ad L. Corn. de Sic.). Ed è pur vero ciò che disse il giureconsulto Paolo: *Qui non facit quod facere debet videtur facere adversus ea quia non facit* (l. 121 D. de regul. jur.). Ma sarebbe una esagerazione lo applicare puramente e semplicemente al dominio della giustizia penale il pronunciato del Diritto Canonico: *Qui non repellit a socio injuriam si potest*, TAM EST IN VITIO QUAM ILLE QUI FACIT (C. 7, caus. 23, qu. 3). — Cf. Cap. 6, De sen. excom. in VI. — Can. 7. quaest. 33, c. 6. — Vedi WINCKLER: De crimine omission. Lips. 1776. — SPANGENBERG: Sui reati di omissione (ted.). N. Arch. del Dir. cr. t. IV, pag. 527 a 555. — WRIES: De delictis omissionis. Amstelod. 1831.

(2) *Aut facta puniuntur aut dicta aut scripta aut consilia* l. 16, D. de poenis.

reato si enuncia una condizione che consta di due elementi, che sono entrambi essenziali, sia nelle azioni positive sia nelle negative, sia quando l'azione si limita alla parola parlata o scritta, sia quando essa abbia per contenuto un fatto materiale. L'azione è un evento esteriore, il quale ha radice in un fatto interiore dell'uomo, che è per appunto la volizione di quello evento. L'evento in quanto è figlio della volizione è esecuzione di un proponimento; ed il proponimento ha per contenuto un evento possibile che dee tramutarsi in reale. L'opera non è puro proponimento. Sebbene il proponimento sia anche una manifestazione della nostra attività, pure, perchè in esso l'attività nostra si ripiega sovra sè medesima, finchè non produca fuori di noi un qualche effetto, un qualche fenomeno, non può dirsi *azione*. L'azione non è puro evento esteriore a cui non sia di fondamento la nostra attività volitiva. Epperò il reato non si avvera se la violazione di un dettato giuridico non si manifesti e come voluta da un essere dotato d'intelligenza ed arbitrio, e come qualche cosa che si è per opera di un qualche suo fatto esteriore tradotta in esecuzione. E l'uomo non è realmente subbietto di un reato se non in quanto ha voluto ed eseguito il reato. L'antitesi per conseguenza tra l'uomo come forza libera ed il Diritto come legge della libertà addimanda due condizioni: il proponimento e l'esecuzione, l'intento e l'evento, la *voluntas sceleris* e l'*effectum sceleris*, e, giusta il linguaggio delle scuole, il *dolo* ed il *danno*. Epperò: 1.° Gli eventi esteriori dei quali la umana attività può essere cagione fisica non divengono materia di reato se non nei confini di ciò che si è voluto. *Consilium uniuscuiusque non factum puniendum est* (1).— 2.° Le interne volizioni, per criminose che sieno, non divengono materia di reato se non nei confini della loro esteriore attuazione. *Cogitationis poenam nemo patitur* (2).— E questi due pronunciati sono tra loro intimamente collegati nel concetto giuridico dell'azione criminosa; perocchè il *dolo* ed il *danno* sono due lati o aspetti o momenti necessarii di una sola e medesima sostanzialità, cioè dell'*azione* che forma la materia del reato. Il che venne espresso con mirabile precisione

(1) Paul. V, 23 — Cf. L. 7, 14 D. ad L. Corn. de Sic.
(2) L. 16, D. de poenis.

in quelle parolo memorande di Paolo: *Post veterum auctoritatem eo perventum est ut nemo ope fecisse videatur nisi consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat nisi et factum secutum fuerit* (1).

§ 9. Finalmente il reato ha una *forma* di opposizione per cui l'azione criminosa si distingue da tutte le altre manifestazioni dell'attività umana. La forma comune di tutti i reati è determinata dall'essenza stessa del reato. Se il reato consiste in ciò che la volontà razionale della legge giuridica sia trasgredita, in cambio di imperare su le attività libere ed intelligenti, egli è necessità che si appalesi nella sua stessa forma come la con traddizione dell'ordine giuridico. L'ordine giuridico ha per manifestazione sua propria che le forze degli uomini si sottopongono alla forza morale e materiale del Diritto, coordinandosi a reciproco aiuto per l'adempimento della destinazione comune. La forma necessaria del reato è dunque la lotta della libertà umana, che adopera le sue forze contro le forze circostanti individuali o sociali protette dalla forza del Diritto, cioè contro la forza del Diritto. In questa lotta può l'uomo contrapporre alla forza del Diritto la sua forza materiale; ed in tal caso si avvera la *violenza*. In questa lotta per altro l'uomo può adoperare contro il Diritto la forza dell'intelletto, rimanendosi dal perturbare l'ordine giuridico con fatti materialmente violenti, ed in tal caso si avvera l'ipocrisìa dell'ossequio al Diritto, in cui si avvolge la *fraude* (2). Questa dottrina della forma del reato fu già fermata da Cicerone con l'aurea sentenza: *Duobus modis fit injuria — aut vi aut fraude* (3). E il massimo poeta italiano ne diede splendida traduzione nel Canto XI dell'Inferno, dicendo:

D'ogni malizia ch'odio in cielo acquista
Ingiuria è il fine; — ed ogni fin cotale
O con *forza* o con *frode* altrui contrista.

§ 10. Da queste considerazioni possiamo desumere i seguenti pronunciati che governano tutta la materia del reato:

(1) L. 53 D. de verb. significatione.

(2) Può talvolta avvenire che si commischi in un medesimo reato l'elemento della violenza e quello della frode, come p. es. nell'omicidio per insidie, nel veneficio e simili casi.

(3) Cicer. De officiis, Lib. I, c. 12.

1.° Non vi è reato senza la violazione del Diritto in alcuno dei suoi dettati (*obbietto*).

2.° Non vi è reato se l'uomo come essere intelligente e libero non se sia la cagione (*subbietto*).

3.° Non vi è reato nè reo senza un'*azione* che sia *materia* dell'infrazione del Diritto. E l'azione consta dell'elemento interno del volere criminoso, e dell'elemento esterno della esecuzione di quel volere (*dolo* e *danno*).

4.° La nota esteriore per distinguere se un'azione debba appartenere al novero dei reati si è la *forma* che necessariamente accompagna il reato; e questa è o la *violenza* o la *frode*.

CAPO II.

DEL MALE OBBIETTIVO O DEL CRITERIO DI ILLEGITTIMITÀ INTRINSECA DEL REATO (1).

> « Ogni infrangimento dell'ordine divino è un *peccato*: quando questo infrangimento dell'ordine è in detrimento del nostro simile lo si domanda *delitto* ».
>
> FRANKLIN.

§ 1. La prima indagine che ci si porge come necessaria nella teorica generale del reato è quella di fermare un criterio obbiettivo in virtù del quale un'azione proveniente dall'uomo possa dirsi reato. Un criterio indubitabile per la pratica si è quello inchiuso nell'aforismo: *nullum crimen sine lege*. Il quale può tradursi nel pronunciato che a vedere, giusta il Diritto positivo, se siavi reità in un'azione, l'unico esame che bisogna fare si è quello di ricercare se la legge l'ha considerata come un fatto criminoso; e l'indizio certissimo, perchè nei bisogni della pratica non sottentri l'arbitrio alla legge, si ha nella manifestazione a ciò relativa che proviene dalla legge medesima, cioè nella pena. Cosicchè quando un atto è comandato o vietato dalla legge sotto minaccia di una pena per coloro che trasgrediscono, sia operando ciò che è vietato, sia omettendo di compiere quello che vien comandato, quel fatto appunto di azione o di omissione costituisce il reato secondo la legge. Ma perchè questo potrebbe parere un voler rinnovare la teorica del Bentham che la legge crea il diritto e che però dalla legge nasce la nota di maleficio in una data azione, egli è duopo risalire ad un criterio intrinseco, a quello che deve guidare il legislatore stesso per determinare se una azione possa per suo comando essere considerata e punita siccome reato. La ricerca di questo criterio in-

(1) BOENDERMAKER: De natura et indole delicti civilis, Traj. ad Rh. 1765. — GRATAMA: De jure ac injuria, Gron. 1808.

trinseco ci mena a costruire la dottrina della *reità dell'azione* per maniera puramente scientifica.

§ 2. Pellegrino Rossi per determinare e valutare il male proprio del reato lo ha considerato come un male *misto*, che componesi, in diverse proporzioni, di male morale e di male materiale; e sottoponendo ad analisi tal mistione, rinviene tre elementi nel reato: un male morale che è la violazione dei nostri doveri, un male materiale che è l'evento dannoso patito da quell'essere giuridico su cui cade il reato, e un male sociale che varia secondo la diversa condizione degli Stati o i vari stadii di civiltà in una medesima società. Cosiffatta analisi è adequata solo nel senso che questi mali non sono già tre elementi dal cui mescolarsi derivi come ultimo risultamento il male del reato; ma bensì sono tre aspetti sottordinati di un solo e medesimo male. Quello cho fa sì che un'azione sia reato è la sua contraddizione al Diritto, il quale è per sè stesso una delle forme rivelatrici del bene. Il Diritto non è una entità composta dal mescolarsi dei doveri morali e degli interessi materiali, sicchè bisogni cho dall'un canto si neghino doveri morali e dall'altro si ledano interessi materiali perchè si neghi il Diritto. Esso è in sè medesimo unità coordinatrice, vincolo armonico di tutti gl'interessi. La perturbazione di quell'armonia degli umani interessi che forma l'essenza propria del Diritto, è l'essenza propria della negazione del Diritto, è l'essenza propria del reato. In quanto il reato infrange il Diritto in alcuno dei suoi dettati, esso implica un'offesa alla legge di moralità che governa le umane intenzioni, ed è al tempo stesso una perturbazione materiale recata alla esistenza o all'attività di esseri giuridici; e questo duplice lato di male morale e di male materiale soggiace pure alla condizione della variabilità secondo le varie società o i varii stadii di civiltà in cui il reato apparisce. Ma il malo del reato ha già una entità sua propria che nasce dalla attenenza di contraddizione tra esso e l'ordine giuridico, o per meglio dire tra l'attività libera e la legge del Diritto, che è la legge morale medesima d'innanti alla libertà dell'umano operare. E da ciò si deriva che l'obbietto contro il quale mira il reato non è mai la legge pura di moralità delle intenzioni, nè l'interesse ma-

teriale puro (esistenza, proprietà etc.). Quello di cui il reato è la negazione è il Diritto stesso. La essenza obbiettiva del maleficio sta dunque nel rivolgersi dell'attività contro la santità del Diritto violandone i precetti (1). E però sono da eliminare tutte quelle determinazioni assurde a cui potrebbe menare la esagerazione nascente dal considerare come elementi integranti, come parti necessarie del male del reato gli aspetti secondarii di quel male medesimo. La violazione dei debiti di moralità pura, il fallo morale non è a confondersi col fallo giuridico. I peccati religiosi non possono mai essere considerati per sè stessi come peccati giuridici. La prima condizione essenziale perchè vi sia reato in un'azione è pertanto questa che l'obbietto della violazione sia non la morale, non la religione, non qualsiasi altro interesse morale o materiale dell'Umanità, ma il Diritto in alcuno dei dettati che esso consacra.

§ 3. Ma il Diritto si va concretando nella legge, e la legge è chiamata per appunto ad essere la espressione impersonale del Diritto, la sua riproduzione obbiettiva nella coscienza di tutti come forza risultante delle varie coscienze individuali. E però il dettato giuridico dal cui infrangimento deriva nell'azione umana la nota del reato, debbe essere un dettato riconosciuto da legge positiva. Non è già che noi diciamo altra cosa essere le violazioni della legge, ed altra cosa le violazioni del Diritto. La legge è l'espressione del Diritto, è la sua forma necessaria di apparizione; e se contiene imperfezioni e vizi nel modo onde lo esprime, il principio della vita sociale ingiugne che la legge si migliori sostituendosi al passato erroneo alcun novello instituto, e che fino all'apparire di una legge novella emendatrice dell'antica, l'antica sia mantenuta in osservanza. Non basta pertanto il dire che il Diritto sia stato violato per aversi il reato;

(1) Non è adequata la concezione del Berner che l'*un-recht* sia una forma dell'*un-sittliches*, cioè che l'ingiusto sia una forma dell'inonesto. La negazione della giustizia nel mondo interno della coscienza è una forma della disonestà, è una specie dell'immorale. Ma l'*ingiusto* nel suo dominio proprio, nel dominio dell'attività, l'ingiusto obbiettivamente avvisato è negazione della *legge morale*, e non della moralità subbiettiva, bensì del Diritto come parte della legge morale.

ma egli è necessario che il Diritto sia stato violato in uno di quei dettati cho la legge dello Stato riconosce o sanziona — Laonde non può esservi reità legale in un'azione che infranga solo il Diritto razionale; la reità si avvera in quelle azioni che conculcano una leggo positiva — Quando si porgo un obbligo puramente naturale, non riconosciuto d'innanti alla giustizia civile, avverandosi la violazione di quest'obbligo, mancherebbe una condizione essenziale per aversi il reato.

§ 4. Finalmente egli è duopo che la legge positiva abbia di rincontro a sè un fatto che la infranga, cioè un fatto che non solo non abbia nella legge un fondamento di giustificazione, non solo vi si contrapponga, ma vi si contrapponga rendendo impossibile l'attuazione positiva del suo dettato. Se la legge conserva la sua forza di costringere, perchè l'uomo le ha opposto una mera renitenza, non si è mai nel campo della reità legale; e molto meno quando si invocano quei presidii cho il Diritto stesso ha fermati per regolare le varie attenenze degli uomini fra loro, ed il modo di far valere la legittimità delle proprie pretensioni — Dove, per l'opposto, l'azione umana nell'esser contraria alla legge, ne renda pure impossibile la esecuzione, quivi è necessaria la riparazione del Diritto violato, perchè il Diritto è stato infranto, essendosi infranta la leggo con un atto che non può essere più distrutto. Così per es. l'*uccidere* malgrado il divieto di attentaro alla vita del proprio simile pone di rincontro al Diritto, che ingiugne il rispetto all'esistenza umana, un *factum* che *infectum fieri nequit*, e che nega appunto l'*inviolabilità* della leggo — Il creditore che dopo essere stato pagato chiede di nuovo giudizialmente ciò che ha esatto o l'ottiene senza controversia, non ha infranto il Diritto; se soccombo nel giudizio da lui intentato risarcirà i danni nascenti dalla ingiusta pretensione o in caso di esazione d'indebito è tenuto a restituzione; in ambo i casi, il Diritto conserva illeso il suo imperio e la forza sufficiente per far rispettare ed eseguire i suoi proprii dettati — Ma se il creditore prima di esser satisfatto usa violenza per ottenere ciò che se gli deve, ei commette reato, perchè non poteva esercitar violenza, ma dovea ricorrere all'autorità giudiciale e se il creditore usando artificio perviene a mostrarsi in pos;

sesso di quel titolo che avea precedentemente restituito per avvenuto pagamento, egli è reo di fraude a danno d'altrui. Così parimente il debitore che convenuto in giudizio nega il debito, o che condannato al pagamento non esegue il giudicato, non commette reato, perocchè nel primo caso spetta all'attore il provare, ed il Diritto non è calpestato da chi invoca questo principio giuridico; e nell'altro caso il Diritto conserva la sua forza per procedere all'esecuzione forzata mercè sequestro o espropriazione. Ma se il debitore opponesse violenza contro l'esecutore pubblico, o foggiasse un titolo di quietanza per non pagare ciò che deve, in quella operazione si appaleserebbe per appunto il reato. La qual distinzione è di suprema importanza per discernere quella specie di ingiusto, che dicesi ingiustizia meramente civile, dall'ingiusto punibile, da quell'ingiusto che non è pura renitenza alla giustizia, ma conculcazione dei suoi dettati, e negazione permanente dell'imperio del Diritto sull'umano operare (1).

§ 5. Da queste considerazioni si raccoglie che ad aversi legalmente la reità in un'azione uopo è che malgrado il dettato di una legge positiva siasi operato contro di esso con un fatto la cui apparizione renda impossibile la positiva osservanza della legge medesima (*Legem frangere*). Solo, perchè non sorga controversia sull'avveramento di queste condizioni, e non si lasci dipendere dall'arbitrio dell'uomo la punibilità dell'uomo, la legge dee riserbare a sè lo apporre la nota di reità ad un atto; onde il criterio estrinseco di questa determinazione sta per appunto in ciò che il legislatore ha fulminato nella legge penale una punizione per il trasgressore. La mancanza di una di queste condizioni di reità legale ingenera il difetto di *materia*

(1) Una monografia pubblicata in Germania da ADOLFO MERKEL *sulla dottrina delle divisioni fondamentali dell'ingiusto e delle sue conseguenze giuridiche* (Lips. 1867) svolge ampiamente con esposizione storico critica le varie teoriche, escogitate per la distinzione dell'ingiusto cui dee tener dietro soltanto una riparazione civile da quello che oltre la riparazione civile abbisogna della pena per essere annullato. Questo lavoro è più importante dal lato critico che da quello della costruzione di una teorica adeguata, come lo ha dimostrato con una profonda disamina l'HALSCHNER nel *Gerichtssal*, anno 1869, p. 11, 81.

punibile, ovvero la condizione che un dato fatto non costituisce reato. Intanto, perciò che la inviolabilità della legge è il principio da cui deriva la nota di reità in tale o tale altra azione, sorgono da questo pronunciato altri tre pronunciati che meritano ulteriore svolgimento:

a) L'incriminazione delle azioni non può dipendere dall'arbitrio dei privati benchè offesi, cioè dal loro consenso o dissenso.

b) La incriminazione delle azioni non può essere tolta da qualsiasi condizione di rigore penale in cui si trovi colui che è vittima di quell'azione.

c) Le azioni comandate o permesse dalla legge non possono costituire materia di reato.

§ 6. — I. Il reato sussiste d'innanti alla legge come una violazione del Diritto; e come l'essenza immutabile del Diritto superiore a tutte le manifestazioni dell'arbitrio non può essere mutata dalla volontà dell'individuo, il volere dell'offeso nulla toglie alla intrinseca reità di un'azione. Se non che gli è d'uopo attendere ad una necessaria distinzione. Vi ha dei diritti che mettono radice in un atto della nostra libertà individuale, e questi sono quelli che si riferiscono alle manifestazioni della nostra attività non contrarie alle norme del Diritto. Vi ha poi dei diritti che metton radice nella nostra personalità, e di cui non possiamo svestirci. Per quei fatti che ledono i diritti inalienabili, quali che sieno le determinazioni della volontà dell'offeso, la loro lesione costituisce pertanto infrangimento del Diritto. E per gli altri fatti in caso di consenso dell'offeso sparisce la imputazione dei medesimi. Ma non è già che per questi, quantunque esistesse un reato nella loro violazione, il consenso dell'offeso toglie quella nota di reato. I reati contro i diritti alienabili in tanto son reati, in quanto che son fatti che si commettono contro la volontà dell'offeso; e così quando vi concorra la sua volontà non possono costituire reato perchè non sono lesioni alla libera attività dell'uomo. Qui si rannoda il principio romano: *Volenti non fit injuria* (1). E di vero il Diritto Romano applica-

(1) L. 1, § 5, D. de injur. Cf. cap. 27. De Reg. Jur. in VI. Vedi De Gavere: D. de eo an injuria volenti facta poenis sit coercenda. Gron. 1823.

va questo pronunciato alle sole violazioni delle convenzioni (1). Ma ritenea che l'incendio per il pericolo generale, l'usura, l'adulterio, la bigamia son da punire non ostante il consenso degli offesi (2), ed a ciò si aggiungeva pure il delitto di evirazione (3). Questi pronunciati non si perpetuarono nel Medio Evo quando prevaleva il sistema della *compositio*, ma al tempo degli interpetri si ravvivarono. E nelle leggi vigenti il dissenso dell'offeso si porge come necessario solo in alcuni fatti contro la libera attività dell'uomo, mentre rimane saldo il principio che il reato sussiste quando bene l'individuo offeso abbia consentito alla sua lesione prima che essa si fosse avverata.

§ 7. — II. L'individualità umana, per quanto si allontani con la sua attività dal Diritto, non può mai cancellare da sè il suggello divino della personalità giuridica; perchè il Diritto come universale ed assoluto è una sfera che abbraccia tutti gli esseri morali, o che essi il vogliano o che nol vogliano. Quindi a noi sembra che sia impossibile il concepire un uomo fuori del Diritto, un uomo in una condizione *extrajuridica*, sia che egli cerchi da sè stesso di porsi in tale stato, sia che altri presumano di ridurlo a tale. E perciò che la legge è l'autorevole espressione del Diritto, una condizione dell'uomo assolutamente *exlege* dee reputarsi una violazione del Diritto; quantunque bisogni permettere l'uso della forza materiale da parte della potestà pubblica per ricondurre l'uomo sotto la signoria del Diritto. L'impune uccisione dei proscritti non può elevarsi ad instituto giuridico. Nel Diritto Romano, impune era la violazione di un uomo che legalmente fosse stato dichiarato *hostis publicus*, privo di diritto come uomo e come cittadino. Nei tempi antichi di Roma la *sacratio capitis* facea sì che l'uomo, reputato per cagione dei suoi delitti sacro agl'Iddii, poteva essere ucciso impunemente da ciascuno (*jure caesum videri*). Alla *sacratio capitis* tenne dietro l'*aquae et ignis interdictio*, pena d'indole politica; e pure ciascuno poteva uccidere impunemente colui che ne era colpi-

(1) L. 145, 203, D. de reg. jur.

(2) L. 2 § 4, 5, D. ad L. Jul. de adult.

(3) L. 4 § 2, I. 8 D. ad L. Corn. de Sic. — I. 38 § 5; I. 39 De poenis.

to (1). I *transfugae* ed i *desertores* vennero considerati come nemici dello Stato, e potevano essere uccisi da qualunque, ove lo Stato non ne assumeva la punizione (2). Ed anco i *proscripti* erano avvisati come nemici della patria, e nella *L. Cornelia de Sicariis* si eccettuò dalla punizione la loro uccisione (3). Nel Diritto Germanico del pari la condizione della *faida* nasceva per appunto dalla perdita della pace, e l'instituto degli *eslegi* e *proscripti* si perpetuò sotto la forma degli *utlaegr* (out-law) e dei *banniti*. Forse a questa duplice fonte si concatena la condizione durissima in che il Diritto Ecclesiastico pose per coloro che eran proscritti dalla comunanza della Chiesa (*excommunicati*). Le nostre antiche leggi eran pure severissime per tal conto. Federico II, dichiarando irrevocabili le sentenze contumaciali a pena capitale, non solo permetteva a chiunque del popolo uccidere il *forgiudicato* (*foro judicatus*) ma eccitava tutti a farlo promettendo premii (4). E i Vicerè per estirpare i banditi armarono i loro compagni promettendo l'indulto alle colpe di ciascuno, il che si disse *guidatico*, e avvisando come forgiudicati o banditi coloro che fra dieci giorni dopo la citazione non comparissero, permetteano togliersi loro la vita. Ma questo rigore dovea cedere il luogo a principii diversi. La *condizione extrajuridica* per alcuni uomini è concepibile nel Diritto Romano; imperocchè in esso la *persona*, o capacità giuridica, essendo *creazione della legge*, il negar la legge può far perdere alla personalità il suo fondamento. Questa *condizione extraiuridica* è concepibile nel Diritto germanico, ove la società è patto di assicurazione fra individui, e il rispetto del diritto altrui è fondato sul principio di reciprocanza. Ma il Diritto in se non può mettere fuori del suo seno gli uomini; e la legge per quanto debba essere severa contro certi delinquenti, sarà sempre una forma del Diritto relativamente ad essi. Così con la Riforma penale del secolo XVIII cominciò l'abolizione di siffatta esclusione dal consorzio giuridico. Pietro Leopoldo nella sua legislazione di

(1) *Dion. Cass.* XXXVIII, 17. *Quintil. Decl.* 331.
(2) L. 3 § 6, ad L. Cord. de Sic. — l. 12 C. quando liceat.
(3) *Cic.* Verr. I, 47. — *Sueton.* Caesar, II.
(4) Constit. *Poenas eorum.*

Toscana abolì le dure leggi antiche sulla forgiudica dei rei. Re Ferdinando ne seguì l'esempio tra noi con l'Ordinanza del 1789 su'delitti e sulle pene delle genti da guerra (1). E la Regia Camera tradusse i principii di quella Ordinanza anco nelle cause dei pagani. Nella Legge penale del 1808 fu ripristinata in parte la severità delle costituzioni di Federico; e benchè si ritenesse in principio la *revocabilità del giudizio contumaciale* introdotta da Pietro Leopoldo, pure il condannato in contumacia fu *messo fuori della protezione della legge*. Ma il Decreto del 27 ottobre 1811 abolì questa severa istituzione. Nel 1819 si ritornò alla severità della Legge del 1808, statuendosi con l'art. 473 delle LL. di Procedura Penale che in virtù della *dichiarazione di pubblico inimico* (la quale avea luogo per effetto di condanna contumaciale alla pena di morte) ogni individuo della forza pubblica nel proccurar lo arresto del condannato, per qualunque leggera resistenza anche presunta che questi opponesse, *poteva impunemente ucciderlo*. Ma questa legge severa fu tolta via dal Decreto del 3 giugno 1834 con cui il legislatore, facendo omaggio ai principii della civiltà moderna ed alle voci della Riforma penale del Secolo XVIII contro la instituzione degli *eslegi*, volle che alle parole dell'art. 473: *potrà impunemente ucciderlo* si fossero sostituite le altre: *potrà fare uso delle armi*. Nel Diritto vigente è cessata la dichiarazione di *publicus hostis*; la protezione della legge stendesi egualmente su tutti; nè più sussiste quella mostruosa instituzione, per cui un individuo era posto fuori della legge, e come tale poteva impunemente essere ucciso, o potea soggiacere ad impune uso delle armi.

§ 8. — III. Egli è certo che non vi ha diritto contro il diritto; epperò qualora un atto è voluto dal Diritto, cioè da esso è consentito od ingiunto, non potrebbe essere contrario al medesimo, non potrebbe essere negazione del Diritto. Di quì sorgono due dottrine:

A) In primo luogo la illegittimità o reità dell'azione non istà nella lesione apportata agli interessi di un terzo; imperocchè gli interessi sono la materia su cui s'imprime il principio giuridico, ma non sono il Diritto stesso. Il creditore che per la con-

(1) Parte I, c. 13 — Art. 41, 420.

servazione del suo credito procede ad un sequestro delle proprietà mobili del suo debitore, il creditore che in caso di mora esige, oltre la somma a lui dovuta, anche gl'interessi della medesima, reca certo un danno materiale al patrimonio del suo debitore, il quale si troverebbe in miglior condizione se non si procedesse al sequestro, o se gli si concedesse remissione degli interessi dovuti. Ma altro è il danno materiale ed altro è il danno giuridicamente avvisato. Non altro si può dir danno che la *illegittima diminuzione* delle altrui facoltà, cioè quella diminuzione la quale non si fonda sopra un dettato giuridico. Di maniera che non delinque colui che ledendo gli interessi e le pretensioni di un altro uomo fa cosa a cui aveva diritto o si serve di mezzi consentiti dalla legge. E sapientemente il giureconsulto Gaio diceva: *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* (1); ed il giureconsulto Paolo: *Nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere jus non habet* (2). Nelle quali sentenze la voce *damnum* è indiritta a designare il danno giuridicamente avvisato, e la locuzione *dolo facere* abbraccia appunto il caso del *delinquere*.

B) In secondo luogo quando si tratta di obbedire ai dettati stessi della legge non può esservi reato nell'azione dell'uomo. *Iuris executio non habet injuriam* (3). Epperò quando si è rivestito o del potere di applicar la legge ai fatti (*jus dicere*), o del potere di eseguire la legge e si obbedisce ad essa non vi può essere reato. La esecuzione delle leggi e dei giudicati è esente da ogni reità. Quello che porge difficoltà a tale materia si è il legame gerarchico del potere esecutivo dello Stato che è fondato sulla obbedienza degl'inferiori verso i superiori. Dall'un canto l'unità dell'azione richiede che l'inferiore esegua i

(1) L. 55. D. de R. J. — *Quod legitime factum est nullam poenam meretur*, l. 4, C. ad L. J. de ad.

(2) L. 161. De reg. jur. — Non commette reato chi pubblica fatti dei quali la legge permette la pubblicità (art. 579 C. pen.).

(3) L. 13 § 1. D. de injuriis — *Qui jussu judicis aliquid facit non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet*, L. 167, § 1. D. de reg. juris. Non è reato pubblicare fatti che l'autore dell'imputazione aveva per ragione del proprio ufficio o del proprio dovere, obbligo di rivelare o di reprimere (art. 579 C. pen.). — Cf. STRYCHII: De officii necessitate. Francf. 1684.

dettami del suo superiore, sicchè obbedisce alla legge colui che obbedisce ai comandi del suo superiore gerarchico; e ciò deve essere ingiunto dalla legge medesima come comando speciale. Ma d'altro canto egli è impossibile distruggere al tutto la coscienza nell'uomo; e il principio dell'obbedienza non dee tramutarsi in quello di passività assoluta o di *irrationabile obsequium*. L'uomo per quanto debba essere sottoposto al comando, non può mai divenire una macchina; quindi essendo tenuto ad obbedire ai suoi superiori, è pure tenuto ad obbedire alla stessa legge la quale sovrasta ai superiori; e in caso che la sua coscienza gli additi contrarietà tra il comando del suo superiore e quello della legge, egli deve anteporre questa a quello. Di maniera che il so loprincipio di giustificazione che toglie il carattere di reato ad un'azione sta nella legge. A conoscere quale sia poi la efficacia del comando e dell'obbedienza in quei fatti che in cambio di esser comandati dalla legge, sono alla medesima contrarii, chiaro è che bisogna distinguere l'azione in sè medesima dall'azione relativamente a colui che esegue. L'azione in sè medesima, se è violazione della legge, viene ad essere reato; nè può cangiarne la natura il comando di un superiore che la ingiunga. Se non che rimane a vedere questa azione relativamente a colui che la esegue; nel che bisogna esaminare su chi cade la responsabilità giuridica di quest'azione; e di ciò parleremo più appresso. La legge vigente nell'articolo 558 del Cod. Penale ha fermato per appunto questo principio della superiorità della sola legge come giustificatrice dei fatti umani. Imperocchè quivi è detto, *non esistere reato quando gli atti sono prescritti dalla legge stessa e comandati dall' autorità legittima.* Da questa esposizione chiaro si scorge esser necessarii due elementi: 1) che il fatto sia voluto dalla legge; 2) che sia ordinato dall'autorità legittima. Così non è reato l'imprigionamento da parte degli agenti della forza pubblica, quando ad essi sia dato comando di catturare o custodire, non l'uccisione la ferita e la cattura in istato di guerra (1), non la espropriazione e la pignorazione

(1) *Miles, quum obediens potestati, sub qua legitime costitutus est, hominem occidit, nulla civitatis suae lege reus est homicidii; immo, nisi fecerit, reus est imperii deserti atque contemti*, can. 13, caus. 43, qu. 5.

per opera di esecutori della legge. Quanto è poi al caso in cui ciò che si comanda è contrario alla legge, anzichè essere conforme a quello che essa determina, vedremo a suo luogo la condizione degli inferiori verso i superiori. Qui possiamo appagarci del principio fermato nell'art. 558, in virtù del quale non basta che l'autorità comandi un atto per giustificare l'azione, ma allora la nota del reato sparisce quando la legge stessa abbia ingiunto un atto che per le sue forme generiche in tutt'altro caso costituirebbe un reato.

CAPO III.

DELL' INDIVIDUALITÀ UMANA COME SUBBIETTO DEL REATO.

> « Solo l'individuo è subbietto possibile di un reato, non una persona morale, una *universitas*.— Imperocchè, se una società solo a cagione del suo scopo determinato sussiste come una persona morale, gl' individui non operano come società, quando operano non per lo scopo della società stessa, ma per uno scopo diverso ».
>
> FEUERBACH, *Tratt. di Dir. Pen.* § 28.

§ 1. Perchè il reato si avveri non basta, secondo abbiamo veduto, che avvenga alcun che di contrario a quello che il Diritto richiede che si avveri, ma egli è mestieri che vi sia una violazione da parte dell'uomo. Reo e reato sono termini correlativi. Se l' uomo non è reo senza che vi sia reato, non vi è reato senza un uomo che se ne porga come l'autore; non vi è reato senza reo. Ma che cosa si richiede perchè vi sia un reo? Egli è necessario che ci sia tra l'uomo ed un reato il vincolo della causalità, e di una causalità fisica non pure ma morale eziandio. Quelle condizioni che sono poste come obbiettivamente essenziali debbonsi porgere tutte raccolte nella medesima attività umana come nel loro centro comune, cioè rannodate all'uomo come alla loro causa intelligente e libera. L'uomo che propone seco stesso ed esegue quel determinato evento, che il Diritto riconosce come contraddittorio ai suoi dettati, e che la legge prevede siccome reato, è colui per appunto sul quale la sindacabilità giuridica del reato debbe cadere. Quando il reato vien riferito ad un dato uomo come effetto alla sua cagione e fisica e morale, ciò dicesi *imputare,* ovvero considerare un uomo come *autore di un fatto criminoso,* come il *subbietto* del reato. Solo l'uomo è imputabile come autore di reato; egli solo è il subbietto possibile del reato.

§ 2. Ma quando si dice che l'uomo è il solo subbietto possibile del reato, può egli intendersi sotto la voce *uomo* tutte e due

le forme fondamentali in cui l'idea dell'uomo si rivela, cioè l'individuo e la società in tutte le sue apparizioni? Le persone a cui un reato può essere attribuito sono, in altri termini, le persone fisiche? O possono essere altresì le personalità collettive, le persone morali, in cui lo Stato riconosce una entità giuridica (1)?

Sebbene le individualità collettive abbiano una personalità loro propria, come l'hanno le individualità fisiche, pure non è a disconoscere che quell'unità di coscienza e di volere che si rivela nella personalità fisica non si appalesa nella personalità morale. Le persone morali hanno unità vera di coscienza e di volere sol quando tutti coloro che ne forman parte sono unanimi in un dato proponimento, ed in tal caso vi è già una responsabilità individuale di ciascuno, perchè ciascuno vuole quel che vogliono tutti gli altri, ed opera perchè il voluto divenga un fatto esteriore e reale. E quando l'unanimità non si avveri nelle persone morali manca l'unità di volere; imperocchè vi ha di certo una opinione che prepondera sulle altre, come quella che è sostenuta da un numero maggiore di voleri individuali, e il divario tra maggioranza e minoranza significa appunto discordanza di opinioni e di voleri. E in questo secondo caso la responsabilità giuridica non può estendersi da coloro che concorsero a formare l'opinione e il proponimento della maggioranza a coloro che ebbero ed espressero un volere contrario. *Peccata suos teneant auctores.* La coscienza umana riprova al certo come falli di una intera società quelli che si porgono

(1) Cretschner: De delictis et poenis universitatum. Alt. 1680. — Willenberg: De univ. delinquente. Gedan. 1720. — Gundling: De univ. delinquente ejusque poenis. Hal. 1724 — 1724. — De Iacobi: Quamdiu jus puniendi univers. durat? Lugd. Bat. 1750. — Malblanc: Observ. quaedam ad delicta universit. Erlang. 1794. — Haubold: De finibus inter jus singulorum et universitatis regundis, Lips. 1804. — Vosmaer: Specimen exhibens doctrinam de imput. ad del. universit. applic. Lugd. Bat. 1775. — Sintenis: De delictis et poenis universitatum. Servest. 1825. — Vos: Diss. qua quaeritur utrum universitas delicta admittere possit nec ne. Groning. 1837. — Laurenstein: Diss. de universitate non delinquente. Gott. 1840. — Ziegler: L'incapacità di delinquere nelle persone giuridiche (ted.) (1850).

come voluti dal maggior numero; e il tribunale inesorabile della storia spesso stigmatizza i falli di un popolo intero. Ma da questo giudicio morale è ben diversa la censura giuridica e penale che la società umana dovrebbe esercitare su' fatti di una personalità collettiva. Lo Stato può tutto al più disconoscere l'esistenza giuridica di una persona morale che si allontana dai confini segnati alla sua attività, può disciogliere un'associazione che trovasi in contraddizione flagrante coi suoi doveri giuridici. Ma fuori di questo sconoscimento è impossibile altra efficacia sulla persona morale. La responsabilità di essa può essere tutto al più di natura meramente civile, ma non già di natura penale, perocchè la pena se non opera sugli individui non può esser sentita dalla intera comunanza degli individui, e dovendo operare sugli individui confonderebbe in un medesimo trattamento ed innocenti e colpevoli. Epperò l'individualità umana è necessaria perchè si abbia il subbietto di un reato; e le *universitates* non possono mai considerarsi come esseri incriminabili, come persone punibili d'innanzi alla legge.

§ 3. Nel Diritto Romano questo principio fu esattamente osservato. Ulpiano disse che l'accusa poteva aver luogo contro coloro che amministrano la città, ma non contro la città: *De dolo decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio* (1). E Gaio sentenziò: *singulorum proprium est maleficium* (2). Alcuni luoghi del Diritto Romano sembrarono accennare a diversa sentenza; onde l'Haus ebbe a dire che secondo il Diritto Romano le persone morali poteano essere incriminate e punite. Ma quei luoghi son relativi a rifacimento civile di danni, senza trattarsi di reato nè di punizione (3). Gl'Imperatori Arcadio ed Onorio pronunziarono che la pena dee restringersi alla persona del colpevole (4). Ed inoltre l'Imperatore Majoriano disse esplicitamente che la pena-

(1) L. 15 § 1. D. de dolo malo.

(2) L. 34 D. de injur. — cf. l. 17 D. ad L. Corn. de Sic. — l. 51. D. ad L. Aquil. — l. 15 § 4 D. quod vi aut clam.

(3) L. 4. D. de vi — l. 9. § 1 D. quod metus causa. Cf. Haus: *Dr. Crim.* n. 115.

(4) *Sancimus ibi esse poenam ubi et noxia est — Peccata igitur suos teneant auctores, nec ulterius progrediatur metus quam reperiatur delictum.* L. 22, C. de poenis.

lità non dovesse cadere mai sulle intere comunanze; e fondò questa determinazione sull'equità e sul principio giuridico che ciascuno debba rispondere pei propri delitti (1).

Nel Diritto Germanico si venne rivelando un opposto principio a cui pare si rannodassero certi instituti del Medio Evo pe' quali talvolta la responsabilità penale cadde sulle persone morali. E per fermo l'instituto della garentia solidale originariamente si stendea su tutta la razza dell'offensore in vantaggio dell'intiera razza dell'offeso, ma poscia si protrasse alle comunanze distribuite sotto forme di decanle e centene, in guisa che gli abitanti dei villaggi erano divisi a dieci a dieci, e se uno dei dieci commetteva un delitto gli altri doveano consegnarlo o pagare per lui il guidrigildo (2). E segnatamente in quel tempo di anarchia morale del Medio Evo, quando era necessario usare mezzi straordinarii per la conservazione della pace territoriale, e l'autorità dello Stato dovè per vie al tutto eccezionali ricostruirsi sui vari ceti organati come tanti Stati nello Stato, si appalesarono di frequente deviazioni da quel principio romano: *noxa tantum caput sequatur* (3). Lo stesso Diritto Ecclesiastico fulminava di sovente l'interdetto per esercitare sovra intere popolazioni il suo imperio terribile, tuttochè non si tralasciasse di formulare in principio che la pena doveva essere individuale e che bisogna astenersi dal pronunciare sentenza di scomunica contro una comunanza (*in universitatem vel collegium*), per evitare che la pena colpisca non pure i colpevoli ma altresì gl'inno-

(1) *Numquam curiae generali condemnatione mulctentur, cum utique hoc et aequitas suadeat et regula juris antiqui ut* NOXA TANTUM CAPUT SEQUATUR, *ne propter unius fortasse delictum alii dispendiis affligantur.* Nov. Major tit. 7, in *Hugo* Jus. civ. antejust. pag. 1386.

(2) WILDA: Diritto pen. dei Germani p. 373 seg.—Cf. leggi del Ro Erico, II, 12, p. 47 — Legge del Iutland II, 22, p. 150 — III, 23, p. 333— L. di Alfredo, c. 27, p. 48— L. di Etelredo, VI, § 18, p. 133.

(3) *Si quis vero ausu temerario praedictam pacem violare praesumpserit, si civitas est, poena centum librarum auri camerae nostrae inferenda puniatur: oppidum vero triginta libris auri mulctetur.* Feudor, lib. II, tit. 54. Constit. Frid. I de pace tenenda a. 1158. Cf. Auth. *Item nulla* in Cod. de episc. et cleric. Const. Frideric. II. a. 1235, § 13 — Henric. VII. a. 1312 in PERTZ: *Monum.* IV, p. 317, 526.

centi (1). E nell'antico Dritto delle Due Sicilie Federico II sottopose a pena arbitraria l'*Universitas* che celasse gli autori di malefizi clandestini, come colpevole di *defensa injuste imposita;* e minacciò di desolazione quella *Universitas* che osasse investire alcuno di una giurisdizione che dal solo principe poteva essere conferita (2).

§ 4. Cosiffatte deviazioni dal principio della responsabilità individuale innanzi alla giustizia punitrice sonosi dileguate, come prima negli Stati moderni l'autorità civile si è rialzata dalla condizione di debolezza in cui giaceva per la barbarie predominante. Le legislazioni moderne non riconoscono come incriminabili le persone morali, salvo il diritto nello Stato di procedere alla distruzione della loro esistenza giuridica quando col violar le leggi minaccino la sicurezza pubblica e l'ordine sociale. E la natura stessa delle pene, fatte tutte per essere inflitte ad individui, sono la più eloquente testimonianza di questo principio comune. La legislazione italiana non enuncia nemmeno un cosiffatto principio, essendo bastevole a ciò il silenzio intorno alle *universitates delinquentes*, quando tutte le ipotesi giuridiche presuppongono l'imputabilità individuale, e le pene son tali da non potersi altramente eseguire che sugl'individui.

§ 5. Ma col fermare che le società umane non possono essere incriminate come subbietto delinquente noi intendiamo parlare di quelle che o son formate dalla natura medesima, o sono instituite per libero associarsi degl'individui in uno scopo legittimo della umana esistenza. Se viene escluso il concetto di una *universitas delinquens*, di una società imputabile di reato, non intendiamo affermare l'impossibilità di una associazione il cui vincolo di unione sia per appunto lo scopo della perpetrazione in comune di uno o più reati. La *societas sceleris* è possibile, e bene spesso si traduce in realtà come un mezzo di che si gio-

(1) *In universitatem vel collegium proferre excommunicationis sententiam penitus prohibemus, volentes animarum periculum vitare, quod inde sequi posset, cum nonnunquam contingit innoxios huiusmodi sententia irretiri, sed in illos duntaxat de collegio vel universitate, quos culpabiles esse constiterit promulgetur.* (Cap. 5, in VI, de Excomm.) — Cf. c. 4, in VI, de censibus.

(2) Const. Regn. Sic. lib. I, tit. 2.

vano i perversi per meglio riuscire nello intento della negazione del Diritto, e della perturbazione dell'ordine sociale. Egli accade di sovente che due o più individui si rannodino in un comune pensiero criminoso. Chè anzi se questo vincolo diviene alcun che di permanente da costituire un consorzio di scellerati, come le *associazioni di malfattori*, *le bande*, *le comitive armate*, *le sette antisociali*, il fatto stesso della riunione a fine di delinquere viene giustamente dalle leggi incriminato e punito senza che perciò possa esser leso il grande principio della libera sociabilità, in cui si radicano i due diritti di riunione e di assooiazione; imperocchè la libertà è sacra ed inviolabile finchè non offenda i dettati del Diritto. Ma in siffatti casi, come egli è chiaro, vi ha una responsabilità individuale per ciascuno di coloro che sonosi ad altri collegati nel comune maleficio; e se vi ha responsabilità solidale dell'unione permanente, questa è sempre couseguenza della stessa responsabilità individuale; perchè l'unione è un fatto degl'individui che formarono tra loro la comunanza del reato.

§ 6. Intanto egli è da notare che il principio da noi enunciato della niuna responsabilità penale delle persone morali non vuolsi intendere nel senso che lo Stato debba essere esposto a qualsiasi pericolo da parte di quelle entità collettive, o che quando si verifichi alcun reato del quale sia stata cagione efficiente una deliberazione presa nel seno di adunanze tenute da quelle persone morali, il reato debba rimanere impunito. La scienza del Diritto Pubblico al dì d'oggi e parecchie costituzioni politiche, tra le quali va allogata la nostra Costituzione, consacrano nel modo più esplicito come dritto inviolabile, cui niuna legge può conculcare, la *libertà dell'associazione;* e lo Stato per quelle persone morali diverse dalle assemblee che esso stesso riveste di potere deliberativo o consultivo, cioè per quelle comunanze che appariscono o per opera della natura (come il municipio), o per opera della libertà umana (come le società religiose, scientifiche, artistiche, industriali, commerciali, morali e politiche) debbe astenersi da ogni proibizione preventrice, da ogni restrizione che rappresenti quello che è la *censura preventrice* per rispetto alla stampa. Ma appunto per ciò

egli è indispensabile impedire che sorgano più Stati nello Stato; e bisogna che le varie associazioni, in cui lo spirito di sociabilità si appalesa, si astengano dall'invadere la sfera dello Stato, dallo avversare l'azione e l'efficacia del potere sociale, dal perturbare l'ordine giuridico dell'umana convivenza. Onde non si può negare allo Stato il diritto di adoperare provvedimenti, sia di prevenzione che non tolga la libertà dell'associarsi, come l'*inspezione* e lo impedimento delle adunanze o associazioni *armate*, sia di repressione, come lo scioglimento di unioni che passino a fatti criminosi e la punizione di coloro che vi presero parte.

§ 7. Se finora abbiam dimostrato che sola la individualità umana può essere avvisata come subbietto del reato, egli è da aggiugnere a questo teorema anche l'altro che la *possibilità* di essere subbietto del reato è inerente a tutte le individualità umane. E per fermo gli uomini, appunto come esseri dotati di intelligenza e di arbitrio, hanno la potenza del determinarsi, la quale è radice della loro sindacabilità. La libertà del volere,

Di che le creature intelligenti.
E tutte e sole furo e son dotate,

rende tutti gli uomini individui potenzialmente imputabili, salvo il determinare se nella specie che si porge a disamina l'individuo ha realmente operato con la pienezza del volere, per effetto di proponimento. La presunzione generale di questa imputabilità astratta è inerente alla natura dell'uomo individuo, in quanto che fondamento alla libertà del volere, o per dir meglio al volere che elegge alcuna tra le cose possibili alla forza umana e quindi si affatica a tramutarla di possibile in reale mediante l'esecuzione, è l'intelligenza, per cui disse il divino poeta:

Lume v'è dato a bene ed a malizia.

§ 8. Ma le presunzioni non possono vincere la realità dei fatti. Appunto perchè la luce dell'intelligenza è quella che rende possibile nell'uomo la libertà del volere, tanto che la vo-

lontà può dirsi la stessa ragione in quanto dirige la vita, cioè la *ragione pratica* (*l'intelletto operativo*), se vi ha delle condizioni nelle quali l'uomo individuo trovasi privo di intelletto, da cosiffatta privazione derivasi come inevitabile conseguenza l'incapacità di incriminazione, l'impossibilità del dolo. Se queste condizioni sogliono derivare da fatti che la natura umana medesima ci rivela, il legislatore non dee lasciarle al criterio del giudice; perchè allo esame del giudice di fatto vuol esser lasciato ciò che dai fatti dipende e cui la legge non può antivedere come alcuna cosa di generalmente certo ed indubitato. La efficacia di queste condizioni dello spirito umano ingenera una serie di pronunciati universali che vogliono esser fermati come regole giuridiche, come presunzioni, dalla legge medesima; e questa serie di pronunciati costituisce quella dottrina che fu detta dell' *imputabilità*, e che noi crediamo doversi dire della *non imputabilità*, ovvero della *incolpabilità*, perocchè trattasi di regole che determinano l'esclusione *a priori* di ogni possibilità di dolo in esseri umani. Ma perchè meglio si studii queste condizioni eccezionali della natura umana che rendono taluni uomini incapaci di *dolo*, egli è più acconcia cosa il collegare tale indagine alla dottrina stessa del dolo; imperocchè l'analisi delle condizioni ad esso indispensabili rende più facile il determinare quali cagioni non pure ne escludono la realità concreta in un dato caso, ma persino la possibilità astratta e generale.

CAPO IV.

DELL'AZIONE UMANA COME MATERIA DELLA VIOLAZIONE DEL DIRITTO CONSIDERATO NEL LATO INTERNO DEL PROPONIMENTO.

I.

Idea, specie e grado del dolo (1).

« Perchè l'agente di un fatto sia sindacabile, la coscienza umana esige tre condizioni: 1) ch'egli abbia potuto conoscere l'esistenza del dovere; 2) ch'egli abbia compreso che il suo fatto avea per indole di violare il dovere; 3) ch'egli sia stato libero di commetterlo ovvero di rimanersene ».

Rossi, *Traité de Dr. pén.* Liv. 2, c. 10.

§ 1. La disamina che noi imprendiamo presuppone che il fatto inchiudente la negazione del Diritto abbia per cagione fisica un essere umano, imperocchè tutti quegli eventi ai quali l'attività umana è straniera non formano obbietto di disamina per la giustizia penale. Gli atti opposti al Diritto e che appariscono come effetto fisico dell'attività umana non possono esser considerati come vero infrangimento del Diritto se non quando

(1) Hall: De dolo. Amst. 1812, in 8.—Rosendael: De dolo in delictis. Lugd. Bat. 1817. — Michelet: De doli et culpae in juris crim. notione. Berol. 1824. — Winssinger: Quaenam sit differ. inter. del. dolosa et culposa. Brux. 1824. — Weber: Le varie specie di dolo (ted.). N. A. di D. Crim. VII. — Rosshirt: Su la dottrina del dolo (ted.). Nel N. A. di D. Cr. VIII. — Bichon: De dolo in delictis. Traj. ad Rhen. 1830 in 8. — Vaillant: De libera voluntate ad delictum contrahendum necessaria. Amstelod. 1837, in 8. — Mittermaier: Idea e caratteri del dolo malo (ted.). Nell'A. di D. Crim. Nuova Serie, 1841. — Krug: Sul dolo e la colpa (ted.). 1854. — Wick: Studi sulla dottrina del proponimento criminoso (ted.). Nell'A. di D. Crim. Nuova Serie, 1857, p. 572 a 625. — Gessler: Sull'idea e sulle specie del dolo (ted.). Tub. 1860.

quella attività umana, che ne è la cagion fisica, ne sia pure la *cagion morale*, cioè quando essi sieno il prodotto voluto dell'attività umana in maniera da potersi veramente attribuire alla medesima. Onde concorde pronunciato degli scrittori di scienza penale si è questo: che un evento, contrario al Diritto e derivante dal muoversi dell'uomo come effetto fisico, non può veramente riferirsi a lui se egli non l'abbia *voluto*. Questo volere, che ingenera l'operare, e ne è come lo spirito animatore, in quanto è volizione di un maleficio, piglia nome di *dolo*. E il riconoscimento di questo vincolo di causalità morale tra l'attività umana ed un fenomeno di contrarietà al Diritto costituisce la *imputazione*, presa nello stretto significato della parola.

§ 2. Ad eccezione di qualche raro esempio, le legislazioni penali han sempre presupposto per la punizione di un fatto contrario al Diritto che la volizione di esso con la coscienza della sua contrarietà al Diritto sia il fondamento della sua apparizione nel mondo nell'esistenza. Nel Diritto Romano, antichissima è quella sentenza: *Si qui liberum hominem* DOLO SCIENS *morti duit parricidas esto* (1). Alla qual sentenza si rannodano le varie locuzioni adoperate nei vari testi di legge: *propositum*, *consulto*, *sciens*, *volenter*, *animus nocendi*, *animus injuriandi*, *sponte*, *fraude*, *dolo malo*. E sebbene di origine piuttosto severa, poteva pure nel senso della necessità del dolo interpetrarsi quella dottrina che *nei malefizi bisogna considerare non l'evento ma il volere* (2). Nè si può considerare come pronunciato contrario a questo ciò che a rispetto dei *delicta privata* ci narra Gellio (XX, 1), che non si attendendo alla volontà era tenuto al talione *qui pacisci nollet*. Imperocchè dal punto di vista del danno privato cui mirava quel frammento del Carme Decemvirale era indifferen-

(1) FESTUS: v. parric. quaestores (p. 221 ed. Mueller). cf. SERVIUS: in Virg. Bucol. IV, 43. — FESTUS: v. Subici (347). — CICER. Top. c. 17.

(2) *In maleficiis voluntas spectatur non exitus* l. 14 D. ad L. Corn. de Sic. *Consilium uniuscujusque non factum puniendum est.* PAULL: V. 23. — *Pati quis injuriam etiamsi non sentiat potest; — facere nemo nisi qui scit se injuriam facere, etiamsi nesciat cui faciat.* l. 3 § 1 a 3 D. de injur. — Cf. PAUL: II, 31, 1. — GAIUS: III, 197. — l. 7, 14 D. ad L. Corn. de Sicar.

te *an prudens imprudensve rupisset*. Il dominio proprio del Diritto Penale sta nelle antiche specie della *perduellio* e del *parricidium*, e più tardi, nei *crimina pubblica*. — Nel Diritto Germanico il *guidrigildo* pagavasi sempre nei fatti volontarii o involontarii, perocchè il punto di vista del risentimento privato muove dal danno; ma il *fredus*, che è il germe della pena dovuta dall'individuo allo Stato, si pagava solo allorquando il delitto in quistione era stato commesso con dolo (1). Onde erano distinte le due locuzioni *vathi werk* (caso) e *wiliawerk* (dolo) (2). Ma quello che veramente svolse nella sua pienezza il concetto del dolo fu il Diritto Ecclesiastico, il quale fondavasi sul precetto *non datur peccatum nisi voluntarium*. Esso adoperò sempre le voci *dolus* e *scienter* per additare il necessario concorso della volontà nei malefizi (3). Esso pose la regola: *voluntaria tantum commissa sequitur delictorum invidia* (4). Su queste fonti comuni si costruì la dottrina degli scrittori antichi, fissando il principio della *volontà consapevole* come condizione essenziale del maleficio (5). E concordi in ciò sono le legislazioni moderne. Alcune di esse vollero dare la definizione del dolo penale; e così la legge napoletana del 1808 diffinì *doloso* il delitto *quando l'atto pratico nasce dalla deliberazione o anche dalla volontà passaggiera del reo*. Ma il Codice francese del 1810, il Codice napoletano del 1819, quello attualmente in vigore in tutta Italia del 1859 si astengono dal diffinirlo, solo implicitamente avvisandolo come condizione del reato. E di vero quando trattasi

(1) *Si quis hominem liberum casu faciente nolendo occiderit componat sicut appretiatus fuerit et faida non requiratur, eo quod nolendo occiderit*. L. Rothar. *c*. 75, 138, 389 — Cf. L. Frision. III, 69 — L. Angl. et Werin. X, 8 — L. Ripuar. XLVI. — L. Saxon. XII, 5 — L. Burg. XLVI — Capit. Ludovici I, a. 817, c. 15. in Pertz: Monum. III, § 218.

(2) Wilda: Diritto pen. dei Germani I, p. 147 a 156 — 544 e 559.

(3) C. 22, X, de hom. — c. 6, X, de injur. — c. 18, X, de sent. excommunic. — c. 7, X, de cler. excomm. — c. 37 de elect. in IV.

(4) C. XV, qu. 1 — Cf. Regino: De Synod. caus. II, 17, 18.

(5) Aretinus: V. Scienter et dolose, n. 13 a 15. — Menochius: De arbitr. judic. quaest. II, 324. — Bossius: De hom. n. 66 a 70. — Decianus: I, 4 a 6; IX, 27. — Clarus: § homic. 1 a 3. — Farinacius: qu. 87, n. 70 a 86, qu. 88, n. 48 segg. — qu. 126 — Carpzov. qu. 142, n. 30 a 33 — Damhouder: Prax. Crim. c. 75.

di fatti che non si possono compiere se non vi è il dolo, come la falsità, la frode, il furto, non viene la legge ad aggiugnere la parola *volontaria*, perchè o non vi è frode, o se vi è, è volontaria; quando poi trattasi di fatti che potrebbero accadere anche senza il proponimento di compierli, viene aggiunta la parola *volontario* ad integrare il nome del reato (omicidio volontario, danno volontario), o sono usate le altre voci *scienza* e *scientemente* per incriminare taluni fatti.

§ 3. Ma egli è duopo di farci più addentro a considerare la nozione del dolo. Il dolo è *voluntas sceleris*. Ma non basta il dire che un fatto per essere figlio del dolo debbe essere stato voluto dall'agente. Egli è duopo addentrarsi nelle determinazioni essenziali dell'attività umana per discernere le condizioni della volizione nelle sue attenenze con l'operare esteriore.

Egli è impossibile che si passi dal volere al fenomeno esteriore di contrarietà al Diritto senza il transito intermedio di qualche fatto che ha per cagione il volere e per effetto il fenomeno di contrarietà al Diritto, imperocchè il volere non può operare sulla realità senza il veicolo dell'organismo corporeo. Se la forza organica del nostro corpo è cagione del fenomeno contrario al Diritto, ed il suo muoversi è l'effetto della volizione, la volizione è senza dubbio la causa motrice del fatto contrario al Diritto; ed un tal legame fa sì che l'uomo nella cui coscienza ha luogo la volizione di un fatto sia la cagione fisica di tutti i fatti che sorgono come effetti da quello che egli ha voluto. Il fatto che puramente e immediatamente deriva dalla sua volontà è l'impulso al suo organismo per opera di questa nostra potenza. Gli altri fatti dallo essere effetti del fatto immediatamente volontario non possono trarre la determinazione di esser pure dei fatti volontarii. Essi hanno per cagione mediata la volizione, per cagione immediata il movimento spontaneo del nostro organismo. Epperò ad essere fatti volontarii uopo è che quella volontà, la quale ingenerò il movimento organico che il causava, producesse con coscienza le conseguenze del suo movimento spontaneo. Ora ciò non è possibile che quando il fatto conseguenziale sia stato avvisato come tale nella coscienza dell'essere operante, prima che venisse ad esistenza il movimento

organico che lo cagionava. Questo preesistere, nella nostra coscienza, del vincolo di causalità come certo o probabile tra il movimento del nostro organismo e il fenomeno di contrarietà al Diritto costituisce l'*antivedere*, significato dalla locuzione *proponere;* esso è l'atto con cui lo spirito *pone* d'innanti a se un fatto *prima* che esso si avveri, come conseguenza di un movimento organico suo proprio.

Da queste considerazioni sorge che ad aversi il proponimento criminoso in un individuo che ci si appalesi come cagione fisica di un evento contraddittorio al Diritto egli è duopo di due condizioni:

a) La prima è che il fenomeno di negazione del Diritto sia stato preveduto dall'essere operante e come negazione del Diritto e come conseguenza, sia certa o sia probabile, di un movimento spontaneo del suo organismo.

b) L'altra è che l'essere operante abbia voluto quel movimento del suo organismo, dal quale, come effetto da cagione, deriva il fenomeno di negazione del Diritto.

Quando queste due condizioni si verificano, il dolo sussiste, e rende punibile l'azione umana d'innanti alla giustizia sociale.

§ 4. Gli antichi scrittori di scienza penale poneano delle distinzioni nel dolo, le quali con la nozione da noi posta si addimostrano inutili. Imperocchè primamente faceasi distinzione tra *dolo reale* e *dolo personale*, quando il dolo è sempre nella persona non già nella cosa. E del pari erronea è quella distinzione del *dolo obbiettivo* e del *subbiettivo;* perciò che il dolo è di sua natura subbiettivo.

Le distinzioni che ci sembrano indispensabili, perchè radicate nelle leggi dell'attività umana, son queste:

a) La prima è quella del *dolo generale* e del *dolo speciale*. Imperocchè altra è la volontà di delinquere in astratto ed altra è la volontà di commettere un determinato maleficio; e se pur si dicesse che il delinquere non si rappresenta mai in astratto all'animo umano ma dee determinarsi in un determinato malefizio, la distinzione non di meno starebbe; perocchè si può distinguere al certo l'*animus nocendi*, la volontà di danneggiare in generale, dal proponimento di un reato speciale contro la

individualità umana, come a diro per esempio dall' *animus occidendi*. Altri han dato nome di dolo *indeterminato* al dolo generale, e di *determinato* al dolo speciale; e quando v'ha più fatti possibili, ma diversi tra loro come contenuto del dolo determinato, gli han dato nome di *dolo alternativo*.

b) La seconda è quella del *dolo diretto* e del *dolo indiretto*. Vi ha dei casi per vero, in cui quella conseguenza probabile o certa del nostro muoverci che è contraria al Diritto costituisco per appunto il nostro intendimento precipuo, ed ecco il *dolo diretto*. E vi ha poi dei casi in cui quella conseguenza certa o probabile si prevede, e si va incontro alla medesima senza volerla per sè stessa, purchè si consegua un dato intendimento, e ciò dicesi *dolo indiretto*. Questo dolo indiretto poi si divide in *certo* ed *eventuale*. Taluni credono che non basti per esservi il dolo l'aver preveduto l'evento come certa o probabilo conseguonza di un qualche atto volontario, ma che sia sempre necessario l'essersi voluto direttamente quell'evento che poi si è avverato. Il volere è imputabile in quanto è conscio cho vi sia un'attenenza di contrarietà fra il Diritto e l'azione. Ora quando si è preveduto un dato effetto come un puro possibile ma difficile ad avverarsi, si è preveduto come una quasi certezza che quell' evento non si sarebbo verificato; il che importa che l'evento non si è preveduto — Tanto è non prevedere un effetto quanto pensare che difficilmente esso si avveri. Ma quando invece lo effetto fu preveduto come certo ed anche come probabile, e non ostante questa quasi certezza di un dato risultamento criminoso si è voluto il fatto dal quale è poi derivato quel risultamento, se dall'un canto si può dire non lo si è voluto direttamente, dall'altro egli è certo che si è voluto non evitarlo — e il voler non evitare, potendosi evitarlo, un dato risultato ci dimostra che il risultamento criminoso, se non fu la meta desiderata cui s' intendea, pure entrò a far parte integrante del proponimento.

c) L' ultima distinziono è quella del *dolo possibile* e del *dolo reale*. Il dolo è possibile per regola generale in tutti quegli esseri che son capaci di volontà, perchè l' essenza del dolo sta nella volontà di delinquere; sicchè basta esser dotato di intelligenza ed arbitrio perchè siasi *capax doli*, ed ecco il dolo po-

tenziale o possibile. Il dolo poi dicesi *reale* quando nella specie determinata scorgesi la volontà speciale di darle realità.

§ 5. Quando la voce *dolo* intendesi nel puro significato del proponimento criminoso, del *volere il reato*, come l'atto del volere non ammette gradazioni intrinseche (perocchè o si vuole o non si vuole un determinato obbietto) non è da riconoscere che possano esservi *gradi* nel dolo. Le gradazioni del dolo sono possibili soltanto nelle attenenze del volere sia col maggiore o minore dovere che ci incombe, sia con la maggiore o minor libertà dell'elezione, sia con la riflessione che può accompagnare o non accompagnare gli atti della volizione, sia con la maggiore o minor importanza del dettato giuridico che si trasgredisce, sia con la forma più o men criminosa nella quale si incarna il maleficio. Da questi vari punti di vista può sorgere una maggiore o minor quantità nella valutazione del dolo; e ciò diviene misura sì per la varia punizione dei vari *genera delictorum*, e sì per la punizione dei singoli reati nella loro apparizione individuale. Così per es. si ha i tre gradi del *dolus praemeditatus o propositum*, del *dolus simplex vel repentinus*, del *dolus affectivus o impetus*.

§ 6. Dalla dottrina fermata innanzi delle condizioni che si addimandano per l'esistenza del dolo sorge spontanea la teorica delle contingenze, le quali escludono il dolo da quegli eventi di cui l'uomo è cagione fisica. Imperocchè se richiedesi: 1) che l'uomo abbia *antiveduto* il reato che sarebbe derivato dal suo muoversi, 2) che egli abbia *voluto muoversi*, sia non ostante questo antivedere, sia per ottenere ciò che antivedeva, allorchè alcuna di queste due condizioni manchi, ogni dolo sparisce, e l'evento deve allogarsi nel campo dei fatti involontari. Questi due possibili mancamenti vogliono intanto essere partitamente considerati; perchè ciascuno di essi dà luogo ad una teorica speciale che debbe essere studiata in tutte le sue determinazioni. Il primo mancamento si riferisce al discernimento che illumina la volizione, l'altro all'atto medesimo della volizione in quanto manca della sua condizione essenziale, cioè della indipendenza da ogni estrinseca efficacia e coercizione.

II.

Dell'ignoranza e dell'errore come cause di negazione del dolo, ovvero della colpa e del caso (1).

« Pati quis injuriam etiamsi non sentiat potest; facere nemo nisi *qui scit se injuriam facere* ». Ulpianus L. 3, § 2 D. *de injur.*

§ 1. L'antivedere le conseguenze del nostro operare importa che prima di produrre un dato atto noi conosciamo quali saranno gli effetti che esso è per ingenerare. Ed in quanto la cosa è *veduta* nella coscienza dell'essere operante, *prima* che egli venga a determinarsi all'atto del suo movimento organico, questo muoversi nasce da *proponimento*. Il conoscere che un atto, il quale dev'essere da noi prodotto, genererà un evento determinato costituente violazione dei dettati del Diritto suppone due cognizioni: l'una di diritto, l'altra di fatto, l'una nascente dalla comparazione tra lo evento che antivediamo e il dettato della legge, l'altra nascente dal vincolo causale che si scorge tra il nostro muoverci e quell'evento. L'una cognizione non può ritenersi manchevole negli esseri umani dotati d'intelligenza e d'arbitrio, se non quando vi sieno delle condizioni anormali nell'essere operante, delle quali ragioneremo più appresso; imperciocchè la legge promulgata dee reputarsi nota (*ignorantia vel error juris non excusat*). Ma l'altra specie di cognizione, che è la cognizione di fatto relativa alle conseguenze del nostro determinarci ad un atto qualunque, non soggiace a presunzione di sorta; e può mancare. Onde nasce la teorica che può considerarsi come negazione del dolo l'ignoranza, o l'errore di fatto. L'ignoranza e l'errore son due possibilità diverse tra loro; perchè l'una esprime la mancanza assoluta di ogni cognizione in-

(1) Pelt: De ignorantia et errore in delictis. Gandv. 1826. — Pfotenhauer: De delicto per errorem in personam commisso. Kiel. 1826.—Heffter: Dottrina dell'ignoranza e dell'errore (ted. nel N. Arch. di D. Cr. t. XII). — Geib: Dell'influenza dell'errore di fatto nel Diritto Penale (ted.) Arch. di D. C. Nuova Serie 1837. — Six: De errore facti in delictis dolosis. Lugd. Bat. 1840. — Haberlin: Dell'errore nel Dir. pen. (ted.). Append. al XVII anno del *Gerichtsaal*. 1866.

torno ad una data materia e di qualsiasi opinione; l'altra esprime che l'uomo crede di conoscere, tenendo per vero ciò che non è tale. Ma amendue queste cose hanno per comune risultamento la *involontarietà del fatto* in colui che è cagione fisica di questo, perocchè l'essere operante non ha preveduto il legame causale tra l'evento contrario al Diritto ed il suo operare (*ignorantia vel error facti excusat*).

Questa dottrina venne nettamente formulata nel Diritto Romano. Imperocchè si aveva come regola che la mancanza della cognizione di fatto per errore o per ignoranza era cagione annullatrice del dolo (1). Così non commettea plagio chi ignorava che fosse libero l'uomo che egli rubava; chi portava seco una cosa che erroneamente credeva appartenergli, non commettea furto nè rapina; e chi ignorava la parentela non commetteva incesto (2).— E sebbene nel Diritto vigente non trovisi espressamente formolato un tal principio, pure esso risulta dal beninsieme delle sue determinazioni, e dall'esser richiesto come elemento necessario ad integrar l'ipotesi di parecchi reati la *scienza* di una qualche specialità, come per esempio nell'uso del falso documento, nella espensione della moneta falsa, la scienza della falsità. E però l'ignoranza e l'errore egualmente vengono ad escludere il dolo perchè traggon seco la mancanza del proponimento per non essersi prevedute le conseguenze del proprio determinarsi. Dal che si conseguita, come criterio pratico a distinguere il volontario per conto del discernimento, che l'*evento impreveduto derivato dal nostro operare non è mai volontario*, epperò non può mai valutarsi come dolo.

§ 2. Ma se l'impreveduto è esclusione del dolo, vi è pure una distinzione da fare in esso. Imperocchè l'impreveduto poteva essere o prevedibile, ovvero imprevedibile. In altri termini talvolta l'ignoranza o l'errore è vincibile, tal altra volta è invincibile all'essere operante. Questa distinzione dà luogo alla duplice nozione della *colpa* e del *caso*. Dicesi *colpa* la negligenza

(1) L. 9 pr. D. de jur. et fact. ignorantia.

(2) L. 1, D. ad L. Fab. de plag. — l. 44, D. de ritu nuptiarum — l. 11 § 4 D. de his qui not. — l. 36 § 1, l. 37 pr. D. de usurp. — l. 25 § 6. D. de hered. pet. — Instit. IV, 2, 1).

consistente nel non prevedere ciò che sarebbesi potuto prevedere; dicesi *caso* quell'evento che non pure non fu preveduto, ma era imprevedibile (1).

L'essenza della colpa componesi di due note. L'una è quella della mancanza di volere la quale apparisce limpidissima nella mancanza di prevedimento delle conseguenze del proprio operare, non potendosi mai ritenere che sia voluto quello evento che non si è appresentato alla coscienza dell'essere operante, prima di operare, come una conseguenza certa o almeno probabile del suo movimento; e per tanto la colpa non altrimenti che il caso si differenzia dal *dolo*. Ma l'altra nota caratteristica della colpa sta in ciò che l'uomo, se non ha preveduto gli eventi possibili a derivare da un suo fatto volontario, potea prevederli (2). Or vi ha egli un criterio per discernere questa nota e così distinguer la colpa dal caso? Questo criterio a noi pare che rinvengasi in ciò che taluni fatti sogliono facilmente nel corso ordinario delle cose produrre taluni effetti. Così per esempio il gettar dall'alto una mole in luogo frequentato può facilmente essere cagione di danno alle persone, il gettare una materia accesa in luogo pieno di materia combustibile può facilissimamente produrre l'incendio; ed un incendio in un luogo abitato può del pari facilissimamente essere cagione di conseguenze sinistre per la vita delle persone. In somma secondo che più facile è ad avverarsi un evento, il suo avveramento è meglio prevedibile; e secondo che un evento è più difficile ad avverarsi cresce la difficoltà di prevedere il suo ap-

(1) Il giureconsulto Gaio ci porse tale diffinizione della colpa: *Culpam esse quod cum a diligente praevideri potuerit non esset praevisum, aut tum denunciatum esset quum periculum evitari non posset*, L. 31, D. ad L. Aquil.

(2) Kléin: Della differenza tra il dolo e la colpa (ted. Arch. antico del Diritto Crimin. 1. I.). — Almendigen: Ricerche sul reato oolposo (ted.). Giessen 1804. — Kleinschrod: Della essenza e punizione dei fatti colposi (ted. Arch. cit., t. VI). — Berkhout: De culpa lata in delictis punienda. Lug. Bat. 1806. — Hasse: La colpa nel Diritto Romano (ted.). Kiel 1815. — Heussler: De ratione in puniendis delictis culpa commissis ap. Romanos. Tubing. 1826. — Haertner: Finium culpae in jure criminali regundorum. Berolini 1836. — Nicolini: Quistioni di Diritto, vol. II, n. 2 a 7; n. 31. — Zerbst: Dei reati colposi, Diss. (ted.) Nell' *Arch. del D. Crim. Nuova Serie* 1856.

parire. Di qui seguita un altro pronunciato, cioè che se le conseguenze ordinarie e dirette sono sempre prevedibili, tutte le conseguenze che escono dall'ordinario movimento delle cose o sorgono per concomitanza di altre cagioni, stanno fuori dalla cerchia delle conseguenze prevedibili, e quando si avverano costituiscono il puro *caso*, sebbene siano conseguenze di fatti volontarii. E per dirsi che le conseguenze non erano prevedibili, uopo è che siasi posta tutta quella cura che suole esser posta da uomo diligente nello esercizio della sua attività perchè i diritti degli altri non vengano dal nostro fatto violati.

§ 3. Ciò posto niuno può volgere in dubbio l'antica e vera sentenza di Cicerone: *nullum crimen est in casu* (1). E così le antiche come le moderne legislazioni ritengono per principio la impunità del fatto casuale. Solo quando il caso trovisi congiunto al dolo in un qualche avvenimento criminoso, quella parte di *caso*, che si porge nell'evento, suol essere *in odium criminis* considerata come circostanza aggravante del fatto doloso (2). Ma la colpa rende giustamente l'uomo sindacabile d'innanti alla giustizia penale? Se noi volessimo rinvenire il fondamento della punibilità dell'evento colposo nell'essersi avverato come conseguenza del fatto volontario, in questo non potremmo trovarlo, perchè esce dai confini della sindacabilità tutto ciò che esce dai confini della volontà umana. Ma noi crediamo potersi rinvenire in un fondamento superiore e la ragione e la misura della punizione della colpa. Il debito che è in ogni uomo di adempiere i comandamenti del Diritto e della legge inchiude l'obbligo del rimanersi dalla volontaria trasgressione dei medesimi; ma inchiude altresì quello di adoperare ogni cura perchè dai nostri fatti, anche innocui, non derivi un evento, il quale, sebbene non costituisse trasgressione per il mancamento del volere, pure sarebbe alcun che di contrario alle esigenze del Diritto e della legge. Così per esempio il Diritto nel proteggere la vita di ciascuno esige e che nessuno volontariamente attenti

(1) Cic. Pro Planc. 14.

(2) I pratici accolsero l'adagio: *Danti operam rei illicitae imputantur omnia quae contra ejus voluntatem eveniunt*. Ma questo pronunciato è pericolosissimo per le esagerazioni cui può soggiacere (*Boehmeri* Obss. ad Carpz. II).

alla esistenza del suo simile, e che ciascuno attenda perchè non sorga da alcun suo fatto imprudente la distruzione di una esistenza umana. Da ciò si deduce che se la negligenza non è il dolo per rispetto all'evento da essa sorto, pure genera per sè stessa una sindacabilità innanzi al Diritto ed alla legge. Il non aver preveduto, benchè sia un fatto negativo, è un fatto imputabile perchè trova la sua radice nella volontà dell'uomo. Quando una cosa è sottoposta all'attività di un essere in modo che per lui sia possibile, unico impedimento alla traduzione del *possibile* in *reale* è la mancanza della volontà. E se la possibilità cade nel campo di quelle cose che (sendo condizione necessaria per la vita e per la destinazione sociale) costituiscono un dovere per l'uomo, il non aver voluto ciò che si *poteva* e si *doveva* è violazione di un principio giuridico. E per conseguenza, se un individuo potea prevedere le sinistre conseguenze di un suo fatto volontario, ancora che innocuo per sè stesso, e non le ha prevedute, ciò mostra che egli non ha voluto prestare a ciò che operava quella attenzione che era suo debito di prestarvi. E per questa violazione del debito di diligenza che naturalmente discende dai dettami del Diritto (*jus vigilantibus scriptum est*) la colpa divien punibile per sè stessa a nome della *negligenza*, come violazione di un dettato giuridico. Ma il legislatore nel punire la colpa dee punirla con lieve misura, rimanendosi dallo avvicinarsi per rigore alla punizione che cade su' fatti volontarii. E d'altro canto non è da elevarsi a regola generale la incriminabilità degli eventi che derivano da negligenza o imprudenza; ma solo quando il debito di diligenza si riferisce a talune attenenze giuridiche di speciale importanza, per cui non basta lo astenersi dal proponimento di violarle e dai fatti di esecuzione di un tal proponimento, ma egli è duopo attendere con ogni cura che non sieno violate. Ond'è che la gravezza degli eventi preveduti dal legislatore come possibili è criterio sì per l'incriminazione e sì per la maggiore o minore punibilità della colpa. L'omicidio, la lesione corporale, l'incendio son fatti che, avverandosi come effetto di colpa, determinano la punibilità di questa, e la maggiore o minore intensità della punizione. Ma non ogni negligenza che reca

danno ad altrui può in regola generale elevarsi a reato colposo. Oltre a ciò vuolsi distinguere la *colpa pura* dalla *colpa mista del dolo*. La colpa pura si ha quando il fatto volontario da cui derivò sinistro evento era per sè medesimo innocuo, e sarebbe stato indifferente innanzi al Diritto, se l'evento maggiore non si fosse avverato. La colpa mista al dolo si ha quando il fatto volontario è per sè stesso un reato, il quale ha dato origine ad un fatto più grave. Nel primo caso il legislatore dee lievemente punire, tenendo presente la pura negligenza; ma nel secondo egli è duopo punire per sè stesso il fatto volontario in sè criminoso, e considerare come una contingenza aggravatrice del medesimo l'evento colposo che ne è derivato.

§ 4. La mancanza del dolo nel Diritto Romano antichissimo diceasi *casus*, senza distinguersi per anco la involontarietà colposa dalla casuale. La nozione della *culpa* vennesi appalesando di mano in mano dal seno del Diritto privato, in virtù di quel pronunciato, che ciascuno é tenuto a fare indenne altrui di quel detrimento del quale col suo fatto egli è stato cagione. Le determinazioni sulla colpa vennero fuori con la *Legge Aquilia* dove la colpa dava luogo ad una riparazione civile; nè mai prima dell' Impero essa soggiacque a giudicio penale propriamente detto; chè del dolo solamente si occupava il foro penale, e, provata la mancanza del dolo, si apparteneva al foro civile distinguere la colpa dal caso per le civili conseguenze; nè le pene private pel Diritto Pretorio son da confondere con le pene propriamente dette. Al tempo degl' Imperatori invalse l' opinione della punibilità di alcuni delitti colposi, punendosi per altro con pena minore di quella che cadeva sul dolo (1). Pure non vi ebbe una legge generale pei *delitti colposi*, e solo singoli casi eran puniti *extra ordinem* per rescritto dell'Imperatore; onde la maggior parte de'delitti colposi dei tempi posteriori son da avvisare come *crimina extraordinaria*, puniti con pena più mite di quella del dolo (2). Le distinzioni infine della *culpa* in *levis*,

(1) I. 1 De leg. — I. 5 § 2; I. 16 § 8 D. de poenis.

(2) I. 5 § 1, 3; I. 3 § 2 D. ad L. Corn. de Sic. — I. 16 § 10 D. de publ. — I. 38 § 5 D. de poenis — I. 2 D. de termino moto.

media e *lata* non che il principio: *culpa lata plane dolo aequiparatur* avean vigore per rispetto alle conseguenze civili, ma non si tenea conto di tutto ciò in ordine alla giustizia penale.

Dal Diritto Germanico (1) e dal Diritto Canonico (2) si derivò più rigorosa valutazione della colpa nelle legislazioni dei popoli moderni; e ciò produsse la dottrina divenuta dominante presso i giuristi italiani che la colpa in generale sia punibile, sebbene essi non ne ragionassero che relativamente all'omicidio ed all'incendio (3). Nelle antiche nostre Leggi una Costituzione di Ruggiero puniva con l'estremo supplizio chi precipitandosi dall'alto uccidesse l'uomo, e quel potatore che abbia ucciso un uomo mandando giù il ramo reciso senza gridare (4). Ma Federico II restrinse la pena del fatto colposo nei suoi giusti confini; punendo questi fatti con un anno di prigionia quando si avverassero in luogo abitato, e togliendo per essi ogni pena se avvenissero nei predii rustici (5). Ed oltre a ciò fu ritenuto in generale che l'omicidio avvenuto per mera colpa dovesse punirsi con pena straordinaria (6).

La Legge del 1808 riepilogò nella sua definizione della colpa la dottrina scientifica e tradizionale dichiarando « essere colposo il delitto che nasce da un atto non voluto dal reo, ma le cui conseguenze criminose potea quegli prevedere ». La qual diffinizione sarebbe stata alquanto più precisa, se in cambio di dirsi *atto non voluto* si fosse ritenuto come cagione del delitto l'*atto voluto*, aggiungendosi che la conseguenza delittuosa non fosse stata preveduta quantunque possibile a prevedersi. Ma il Codice francese, omise di porre una dottrina generale su la colpa, ragionandone solo nelle materie dei vari reati ove la negligenza può incriminarsi.

(1) *Si quis fossam vel puteum fecerit, seu pedicam vel ballistam* incaute *posuerit et ibidem hominem vel pecus debilitaverit vel interfecerit, omni compositione sicut constituit Lex Ripuaria culpabilis judicetur* 70 § 2. — Cf. L. Burgund. XLVI.

(2) C. 8 C. XV, qu. 1. — c. 22, 23, X de homicidiis — V. 12, c. 3 de homicid. in VI. — De reg. jur. in VI, cap. 23.

(3) Aretinus: De malefic. p. 105. — Clarus: qu. 84.

(4) Const. *Qui de alto.*

(5) Const. *Poenam.*

(6) Const. *Poenam praecedenti.*

§ 5. La nostra Legge vigente ha seguito sulla colpa le orme del Codice penale francese; imperocchè senza porre una nozione generale sui fatti colposi ha contemplato la colpa nei vari fatti ove fu creduta punibile. Così nel fatto della fuga dei prigionieri si avvisò la negligenza de'custodi, nei reati contro la fede pubblica è punita la negligenza degli uffiziali ad essa preposti. E nei reati di sangue si contemplò l'omicidio le ferite e le percosse nascenti da colpa, che ebbero nome di reati involontarii. E perchè la punizione di questi fatti si coordina ai particolari generi di reati, noi favelleremo di questi fatti colposi in quei luoghi stessi ove il legislatore ne favella. Per ora ci basterà il trarre dalla determinazione legale dell'omicidio colposo il concetto legale della *culpa*. La legge nell'art. 544 del Cod. penale si esprime così: « Chiunque per imprudenza, negligenza o imperizia dell'arte o professione che esercita, o inosservanza dei regolamenti commetta involontariamente un omicidio, o ne sia involontariamente la cagione, sarà punito ecc. ». Da queste parole si trae che triplice elemento è nella colpa secondo la nostra legge. Il primo è che l'uomo sia *cagione fisica* (immediata o mediata) dell'evento sinistro; il che si appalesa dalle locuzioni: *commetta un omicidio* (come l'urtare alcuno senza volontà di precipitarlo), *o ne sia involontariamente la cagione* (come il perseguitare in maniera che il fuggente cada in una qualche voragine o sdruccioli ecc.). Il secondo è che manchi la volontà concreta e specifica dell'evento sinistro (involontariamente). E l'ultimo è che il fatto nostro volontario dee consistere in alcuna imprudenza, o disaccortezza, o negligenza, o inosservanza dei regolamenti o imperizia.

Ancora la legge vigente ragiona specialmente, nel trattato dei reati di sangue, dell'unione della colpa e del dolo; e quivi chiaramente si scorge che si è considerata in tal caso la colpa come quella *lata culpa quae dolo aequiparatur*. Così la legge punisce come sfregio, come omicidio, quella ferita o percossa che produca alcuno di questi effetti, quando il reo di ferita o percossa volontaria potea prevedere le conseguenze del suo operare criminoso. E così parimente il legislatore dopo aver considerato come fatto punibile per sè stesso l'abbandono o l'esposizione di un fanciullo minore di sette anni, dispone che

laddove dal fatto dell'abbandono o della esposizione derivi storpio, sfregio, mutilazione, morte del fanciullo esposto o abbandonato, si consideri e punisca come autore di siffatti reati secondo le circostanze l'autore dell'abbandono o della esposizione — E così per ultimo la pena dell'aborto procurato è aggravata quando da esso segua la morte della donna.

§ 6. Dalla teorica per noi posta intorno la colpa più si chiarisce la nozione del caso; perchè nella cerchia dei fatti involontarii il caso è l'opposto della colpa. Il criterio della colpa sta nella prevedibilità delle conseguenze la quale rende vincibile l'ignoranza o l'errore. — L'opposta condizione è il criterio del *caso*. L'impossibilità di prevedere le conseguenze dei nostri atti si ha quando abbiam posto tutta quella cura che suole esser posta da uomo diligente nello esercizio della sua attività perchè i dritti d'altrui non sieno violati dal fatto nostro. Il caso non può soggiacere a penalità di sorta; e benchè l'uomo sia cagione fisica dell'evento, questo può ben considerarsi come *infelicitas fati*. E sebbene talvolta il caso si congiunga alla colpa, e talvolta anche al dolo, pure noi crediamo che del caso non debba mai risponderø l'esserø operante, come se fosse dolo o colpa, perchè *consilium uniuscuiusque non factum puniendum est*. Nel Diritto Romano era fermato che quando non si era potuto assolutamente antivedere gli effetti del nostro operare non esistea per rispetto agli eventi sinistri *culpa* veruna, e l'evento dovea ritenersi per caso (1). Lo stesso era fermato nelle leggi germaniche e nelle leggi ecclesiastiche. Nell'antico Diritto del Regno l'omicidio senza dolo e senza colpa fu dichiarato impune come casuale (2). — E la leggo del 1808 statuì esplicitamente che cessa ogni imputabilità quando nello azioni manchi e la intenzione di delinquere e la colpa (art. 9). Seguendo diverso sistema, il nostro Diritto vigente al pari del Codice francese non ragiona del caso. Ma questo è per appunto il migliore argomento della impunità dei fatti casuali; imperocchè la legge non è

(1) Cic. p. Planc. 14—Cf. l. 14 D. de off. praes.—l. 30 § 3 D. ad L. Aquil.— l. 25 § 7, D. loc. cond. — l. 4 § 1 D. ad L. Corn. de Sic. — l. 11 D. de inc. — Gaii: Instit. III; 282. — Justin. Instit. IV, 2, 12.

(2) Const. *Juris gentium*.

dottrina, e segnatamente la legge penale non ha mestieri di enunciare che una specie di fatti è esente da pena, quando essa voglia considerarla come tale; nel suo silenzio la punizione è interdetta; e spetta alla dottrina de' giuristi riconoscere nel silenzio del legislatore implicitamente sanzionata l'impunità del *caso*.

Se non che quando il caso si congiunga al dolo in un qualche avvenimento criminoso, *in odium criminis* le nostre leggi riconoscono giusto il fare di quel *caso* una circostanza aggravatrice del fatto doloso. Così per rispetto ai reati di sangue (ferite e percosse) qualora da essi nasca un reato maggiore, ove il delinquente non avesse potuto prevedere le conseguenze del suo reato doloso, la legge lo punisce con la pena del reato maggiore diminuita solo di uno a due gradi. E simili determinazioni si appresentano pure a rispetto dell'incendio (1). Delle quali cose tutte favelleremo più distesamente nella teorica dei vari reati.

(1) Art. 569 e 660 del Codice Penale.

III.

Della forza maggiore come negazione del dolo (1).

> « Se le civili leggi debbono ispirare, non possono però esigere la perfezione nell'uomo. Esse possono dare all'eroismo dei martiri come la religione gli ha dati alla fede, ma non possono, come quella, punire coloro che non hanno il coraggio che richiede un simile sforzo ».
>
> FILANGIERI, *Scienza della Legisl.* III, 37.

§ 1. Perchè si dica che la volontà umana concorre nell'atto uopo è che essa sia il principio efficiente dell'azione come volontà libera; e quantunque volte l'uomo non è la cagion vera, ma strumento in balìa di una forza maggiore, quantunque volte l'uomo soggiace a violenza, si ha che egli non opera, e per lui diviene inconcepibile quel proponimento criminoso in cui tutta si racchiude l'essenza del dolo. Intanto perchè l'uomo è forza

(1) FRITSCH · De praesidio necessitatis contra legem, 1861. — HOMFELD: Necessitas exlex. Jen. 1675. — I. S. STRYCKII: De jure necessitatis. Hal. 1712. — WAGNER: Tractatus juris quo regula: *nec necessitas habet legem explicatur*. Francof. et Lips. 1725. — NETTELBLADT: De necessitate ejusque effectu in jure, Hal. 1725. — UNGER: De jure necessitatis. Wirceb. 1752. — TITTEL: De eo quod licet secundum legem naturae, summa necessitate urgente. Jen. 1763. — STRUVEN: De facultate utendi rebus alterius in casu necessitatis. Jen. 1664. — SIMON: De oblatione rei alienae in casu necessitatis (Diss. p. II, n. 5, p. 175 a 199). — SCHOTT: De furto ex necessitate commisso. Tub. 1772. — CAMERLING: De vi et effectu necessitatis in jure. Lugd. Bat. 1779. — ANTONIN: Diss. de vi et metu. Argentor. 1781. — WALCH: De furto fame dominante facto. Jen. 1789. — LEYSERI: Medd. ad Pandectas, Spec. 537. — BENDORP: De jure necessitatis. Lugd. Bat. 1792. — OERSTED: Sul diritto della necessità (ted. N. Arch. di Dir. Crim. V, p. 343). — ALBERDA VAN ECKENSTEIN: De dementia et vi maiori. Gron. 1836. — BERNER: De impunitate propter summam necessitatem proposita. Berolini 1861.

composta di due elementi, l'uno dei quali è la forza organica corporea, e l'altro è la forza dello spirito, l'uomo può soggiacere a violenza, e quando una forza maggiore vincendo la forza organica del corpo, si serve di essa come strumento a compiere un dato atto, e quando una forza maggiore vincendo la forza dello spirito fa sì che questa spinga la forza corporea ad alcune operazioni determinate. Il primo modo costituisce la violenza fisica; il secondo la violenza morale.

§ 2. Quando l'uomo sottogiace a forza materiale maggiore della sua, egli è cagione solo apparente ma non vera di un determinato fenomeno, anche nel senso di cagione materiale; perocchè vera cagione non pure nel mondo morale, ma nel mondo fisico eziandio è ciò che muove senza esser mosso da altro. Colui, la cui mano è stata presa per forza, affine di percuotere con essa un'altra persona, non opera, ma è passivo. Colui che è materialmente impedito dallo accedere in un dato luogo per quel momento in cui la legge ve lo chiamava, non è cagione fisica del non accedere. *Nemo tenetur ad impossibile.* Nella violenza materiale l'uomo non è cagione fisica nè morale dell'evento; l'evento gli è intieramente straniero. Il Diritto non può esser violato da colui che è materialmente forzato o materialmente impedito; imperocchè l'attività giuridica presuppone un fondamento naturale di libera attività fisica.

§ 3. Ma la coercizione può essere altresì morale. Quando essa avviene, manca la reità della operazione che è figlia della violenza morale. E di vero la legge morale è di tal natura da essere obbligatoria per quegli esseri la cui libertà rimane inviolata, e tutte quelle leggi che derivano da essa, e da essa traggono il loro vigore, non possono dirsi obbligatorie se non di rincontro alla volontà libera da ogni maniera di coercizione. L'essere proprio della violenza morale sta in ciò che la *libertà del volere* è tolta; perchè la volontà non ha più d'innanti a sè una indefinita molteplicità di atti possibili ed eleggibili; la volontà si trova fra due vie da eleggere, sicchè non possa altrimenti evitar l'una senza dover incorrere nell'altra. E se le leggi dell'ordine morale diconsi adempiute solo allorquando si presta loro obbedienza potendosi trasgredirle, allora posson dirsi

violate quando potendosi prestar loro obbedienza se ne trasgrediscono i dettami. Vero è che il giureconsulto Paolo disse: *Voluntas coacta voluntas est.* Ma ciò non toglie che la *voluntas coacta* sia esente dal dolo. Primamente al dolo richiedesi la *libertà del volere*, non bastando il volere puro e semplice; e libero non è quel volere costretto dalla necessità di evitare un male maggiore. D'altra parte il *dolo* non è soltanto *volontà di compiere un fatto che la legge incrimina*, ma volontà di *conculcare il Diritto e la legge come espressione del Diritto*, compiendo il fatto violato. La violenza morale non toglie la volontà di compiere il fatto (positivo o negativo) che la legge ha vietato; ma toglie la volontà di commettere con esso una violazione del Diritto.

Ma perchè una siffatta coercizione morale si avveri, egli è duopo di uno stato urgente che stringa la volontà a trasgredire il comando della legge per evitare un male che si presenta alla coscienza dell'individuo come maggiore di quello che consiste nel compiere ciò che viola la legge. Il Rossi esponendo la dottrina della coercizione segnatamente rispetto al timore dice: « L'atto non può essere scagionabile se non quando l'agente cede allo istinto della conservazione sua, quando trovasi in presenza di un pericolo imminente, quando trattasi della sua vita ». Ma un tal criterio è parziale ed incompiuto. Esso vale quando si tratti di un reato di uccisione, ma possono darsi altri casi in cui si lede un diritto minore, ed in cui non si richiede come elemento necessario di giustificazione il pericolo della vita. Il criterio sta nell'urgenza, che pone le sue radici nella minaccia di un male maggiore. Epperò vuolsi 1° un pericolo imminente — 2° di un male che si appalesi come più grave del reato alla coscienza dell'individuo — 3° che non possa altrimenti evitarsi che compiendosi quel fatto che le leggi proibiscono.

§ 4. Il Diritto Romano diffinì la forza maggiore *majoris rei impetus cui resisti non potest* (1). E non solo la necessità di salvare la propria vita ma altresì quella di salvare l'integrità del corpo, l'integrità dell'onore, e talvolta la integrità dei beni, dava luogo ad impunità secondo certi confini. Così non era incrimi-

1) L. 2, D. quod met. causa.

nabile colui che gettasse nel mare le altrui merci per salvare le proprio (1), nè colui che per salvarsi dall'incendio scoppiato accedesse, o recasse danno allo edificio del vicino (2), nè colui che recidesse la fune dell'ancora altrui per salvar la sua nave dall'empito dei venti (3). Ed in generale nel Diritto Romano troviamo preveduto il caso dei fatti che si operano per timore di male maggiore a noi minacciato. *Vani timoris justa excusatio non est* (4). — Carlo Magno sottopose solo ad un digiuno di tre settimane chi rubava per fame (5). Ancora nel Diritto Canonico è formolata come regola generale la impunità dei fatti che si compiono in uno stato di necessità che costringa l'agente (6). La necessità dell'alimento o delle vesti secondo i suoi dettati, esimea da imputazione (7).

Parecchie legislazioni moderne han voluto prefinire alcuni casi, come i soli nei quali la forza maggiore deve intendersi esistente; ma si è dato luogo a quistioni complicate, e si è riuscito a pronunciati parziali ed incompiuti. Così ne porge un esempio il Diritto penale inglese, che mentre ad una col Diritto americano scagiona l'operare esclusivamente sotto lo imperio di minacce (8), restringe poi il concetto legale del timore a quello di cosa gravissima, cioè di male alla persona (9), e non

(1) L. 14 pr. de praescr. verb.

(2) L. 3 § 7 D. de incend. — l. 49 § 1, D. ad L. Aquil.

(3) L. 29 § 3 D. ad L. Aquil.

(4) L. 184 D. de reg. jur. — *Metum autem non vani hominis sed qui merito et in hominem constantissimum cadat.* l. 6. D. quod. met. causa. — *Metum non jactationibus tantum vel contestationibus sed atrocitate facti probari convenit* (l. 9. C. de his quae vi) — Cf. l. 13, C. de trans.

(5) Capit. III, de furtis.

(6) *Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum* (C. 4, X, de reg. jur.) — *Necessitas legem non habet* (c. 11, Dist. 1, de consecr.)

(7) *Discipulos cum per segetes transeundo evellerent spicas, ipsius Christi vox innocentes vocat quia fame coacti hoc fecerunt* (Decreti p. III, dist. V, can. 26) — Cf. Decret. Gregor. Lib. V, tit. 18 de furtis, c. 3. — c. 41, de R. J. in VI.

(8) STEPHEN: Summary of. crim. law c. 2 in fin. — Penal. Cod. of. Georgia, Sezione XII, 1.ª divisione — Codice della Luigiana art. 40.

(9) Stephen L. cit.

ammette che la fame scagioni il furto (1). Così i Codici Alemanni vollero specificare la violenza fisica e la morale, e per rispetto alla violenza morale vollero enumerarne le cagioni, alcuni restringendole alla condizione del timore per la vita, altri estendendole al timore per la vita e a quello per l'integrità della persona, non senza aggiungervi la specificazione dei congiunti alla cui salvezza si provvede. Ma il Codice francese del 1810 tenne altro sistema; il quale toglie vie tutte le possibili difficoltà, ricorrendo ad una formola generale che è la sola che la legge possa statuire *a priori*, e lasciando al giudice di fatto la valutazione dei casi speciali: *Non vi ha reato* (disse l'art. 64) *quando l'agente vi è stato costretto da una forza alla quale non ha potuto resistere*. Questa formola si riprodusse nella legislazione italiana, trasfondendosi nel Codice napoletano del 1819, e da esso in tutti i Codici italiani posteriori.

§ 5. La legislazione vigente italiana si è attenuta al sistema del Cod. Francese, nello art. 94, ove è detto: *Non vi è reato se l'imputato nel tempo in cui l'azione fu eseguita vi fu tratto da una forza alla quale non potè resistere.* Se non che la scuola degli antichi penalisti aveva consecrato un altro pronunciato, di cui il Codice francese non tenne conto; e questo è che talvolta vi ha uno stato di coercizione imperfetta che non toglie allo intutto la *libertà* del volere ma la menoma di molto. Così Farinacio aveva detto: *Qui delinquit non coactus absolute, sed conditionaliter, punitur aliqua pœna extraordinaria* (qu. 97, n. 2). Questa dottrina, trasandata dalla legislazione francese, fu accolta dal Codice Parmense (art. 63) e da esso riprodotta nel Codice Albertino e trasfusa nell'attuale Codice italiano. L'art. 95 del Codice penale vigente statuisce infatti che, se la forza non si riconosce tale da rendere non imputabile l'azione, i giudici applicheranno all'imputato, secondo i casi, la pena del carcere fino a dieci anni, o la custodia sino a vent'anni.

Di maniera che non si fa distinzione di violenza fisica o morale, nè di violenza inferita a noi o ad altro individuo, nè di violenza inferita con minaccia di detrimento alla persona o

(1) *Are not excused for larcenies committed from wand.*

alla proprietà, nè di violenza che provvenga da contingenze naturali o da volere degli altri uomini. Tutte queste distinzioni secondo la legge penale italiana si confondono in un solo e medesimo pronunciato giuridico, e questo è che ogni efficacia, sia fisica, sia morale, diviene violenza che esclude il dolo, quando l'agente vi ha sottogiaciuto in guisa da non potervi resistere, malgrado tutti i suoi sforzi, e diviene violenza che non l'esclude ma l'attenua soltanto, quando non vi era l'impossibilità assoluta di resistervi. La legge, non potendo *a priori* prevedere nè discernere i casi di coercizione morale pe'singoli individui, ha dovuto lasciare tal disamina al criterio del giudice di fatto. Ma se non poteva la legge enucleare tutti i casi, sicchè ha dovuto ricorrere ad una formola ampia e generale che tutti li comprende, vi ha due casi certamente che *a priori* posson esser considerati come tali da escludere la libertà del volere; e per questi bisognava che fossero enunciati senza abbandonarsi al giudice di fatto il vedere se posto l'avveramento di alcuno di essi vi sia stata o non coercizione—Il primo di questi casi è la necessità della difesa contro ingiusta aggressione (*moderamen inculpatae tutelae*); e l'altro è quella necessità legale di obbedienza gerarchica che limita la libertà di volere e di operare in coloro che sono sottoposti al comando d'altrui (*jussio*).

§ 6. — A. *Del moderame d'incolpata tutela* (1).— Quando un'aggressione illegittima si porge in guisa che la società umana non può provvedere alla tutela dell' individuo, qualunque individuo facciasi a difendere la persona aggredita non può certamente per

(1) Il Böhmer nel suo Manuale di Letteratura del Diritto Criminale pubblicato a Gottinga nel 1816 enumera, a § 112, oltre ad ottanta monografie sul *moderamen inculpatae tutelae* pubblicate dal 1547 sino al 1800. Noi rimandiamo ad esso i nostri letttori e ci limitiamo ad addurre le pubblicazioni posteriori. Esse sono: GROTTENAUER: Sulla difesa necessaria (ted). Breslau 1806.—VAN DER MAESEN: De justa rei defensione. Ultraject. 1807. — BANG: De moderatione inculpatae tutelae. Havn. 1819. — SMET: De legitima sui defensione. Lovan. 1821.— LEVITA. Il diritto di difesa (ted). Giessen 1856. — GEYER: La dottrina della difesa necessaria (ted). Jena 1857.— Dissertazioni di GRAWELL: (N. A. di Dir. Cr. III, p. 278); di ZÖPFL. (A. di D. Cr.—nuova serie 1842, p. 118, 311; 1843, p. 27); di BERNER: (A. di D. Cr.—Nuova Serie 1848 p. 547.—NICOLINI: Quistioni di Diritto (vol II, n. 25, 26, 28, 29, 38; vol. III, 12).—LENNEP VAN MARSELIS: De moderamine inculpatae tutelae. Lugd. Bat. 1827.

quello stato di necessità e di collisione di diritti essere incriminato come volontario trasgressore della legge. Il Diritto Romano considerò l'incolpata tutela come un moderame fondato nel Diritto razionale. *Vim vi repellere licet, idque jus natura comparatur* (1). Medesimamente nel Diritto Germanico era liberato colui che per necessità resistendo commettesse omicidio o ferita; e solo *si illaesus abscesserit* pagava metà del guidrigildo (2). Il Diritto canonico riproduce la dottrina romana sulla *tutela inculpata* (3). Le legislazioni moderne han tutte accolto il principio medesimo. E tra queste il Codice vigente ha fermato negli art. 559, e 560 la teorica della giusta difesa.

§ 7. I penalisti antichi tentarono formolare la dottrina dei fatti di sangue commessi nella necessità della difesa; e tra essi Benedetto Carpzovio richiede: l'*impetus inopinatus et injustus*, la *laesio inchoata*, il *periculum in mora*, il *damnum irreparabile* (4). La legge vigente enuncia in complesso tutte queste condizioni. « Non vi è reato quando l'omicidio le ferite o le percosse sono comandate dalla necessità attuale di legittima difesa di sè stesso o di altrui (art. 559) ». Ciò posto vediamo quali sono le regole inchiuse nella nozione legale.

I. La difesa debbe esser legittima nella sua cagione; non può tenersi per incolpata tutela quella di colui che siasi posto con la sua azione illegittima nella condizione di essere offeso, o resista ad una giusta violenza (5).

(1) L. 1. § 27, D. de vi.—*Vim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt*, l. 45, § 4 D. ad L. Aquil.—Cf. l. 3 D. de just et jure—l. 4. D. ad L. Aquil Cf. Cic. pro Mil. c. 4.

(2) Lex Burgund. tit. XLVIII, art. 1, 2, 4.—Cf. L. Ripuar. tit. LXXII, 79.—Lex Fris. tit. V, de homin. qui sine composit. occidi possunt.—L. Angl. et Werin. tit. VII. § 4.—Bajuvar. tit. III.—Edict. Rotharis, c. 32.—L. Wis. VI, 5.

(3) Nel D. Romano è detto: *Illum solum qui vim infert ferire conceditur et hoc si* tuendi *duntaxat non etiam* ulciscendi causa *factum sit* (l. 45 D. ad L. Aquil.)—Nel D. Can. *Quamvis vim vi repellere omnes leges et omnia jura permittont, tamen id debet fieri cum moderamine inculpatae tutelas non ad sumendam vindictam sed ad propulsandam injuriam* (C. 2. X, de homic.—Cf. c. 18, eod.

(4) Pract. nova t. I. qu. 28-33—*Bohemeri*, Obss. ad Carpz. qu. 28, n. 2.

(5) *Nullum crimen patitur is qui non prohibet, cum prohibere non potest.*

II. La necessità debbe essere *attuale*, cioè nascere dalla urgente presenza di un' aggressione che costituisca immediatamente un pericolo personale (1).

III. La difesa debbe essere indirizzata soltanto a respingere la ingiusta aggressione; ogni eccesso costituisce un reato, sebbene lo stato di difesa in generale lo attenui (2).

IV. La difesa non è limitata alla vita, ma si estende alla integrità della persona nel suo lato fisico e nel suo lato morale (3).

V. La difesa non è limitata alla propria persona, ma si estende anche agli altri. Nel Diritto Romano veramente la difesa competeva *sibi vel suis* (4), non che pe' servi che aveano il debito di custodire la vita dei padroni (5). Nel Diritto vigente la solidalità umana trae seco che anche l' estraneo possa esser difeso (difesa di sè stesso o di altrui).

§ 8. La necessità attuale della legittima difesa di sè stesso o di altrui, come l'eccesso della difesa son questioni puramente di fatto. La legge non può fissarne tutti i casi con presunzioni; spetta al giudice di fatto ravvisarne lo avveramento nelle singole azioni. Solamente vi ha dei casi che *a priori* debbonsi avvisare come condizione che necessita la difesa e la rende incolpata; e, salvo tutti gli altri casi verificabili, essi debbono essere dichiarati tali nella legge. Il respingimento delle aggressioni a cagion di furto, e quello delle aggressioni al domicilio furono di frequente avvisati dai legislatori come casi di incolpata tutela. Nel Diritto Romano abbiamo come incolpata tutela la uccisione del ladro notturno, quando l'ag-

(l. 109 D. de Reg. juris)—*Eum igitur qui cum armis venit possumus armis repellere;* l. 3, § 9 D. de vi et vi armata.—*Illum solum qui vim infert ferire conceditur* l. 45 § 4 in fin. D. ad L. Aquil.—Cf. l. 3 C. ad L. Corn. de Sic.) l. 5, C. de jure fisc. — l. 4, C. de discuss.— l. 5, de metal. et epid.—l. 5. C. de exact. et exact.

(1) *Hoc confestim non ex intervallo* l. 3 § 9, D. de vi et vi armata.

(2) *Tuendi non ulciscendi causa* l. 56 C. ad L. Aquil.

(3) *Qui latronem caedem sibi inferentem vel alium quemlibet stuprum inferentem occiderit puniri non placuit, alius enim vitam, alius pudorem publico facinore defendit.*—PAUL *Sent. Rec.* V. 92, § 8.—L. 4 § 1 D. ad L. Corn. de Sic.—l. un. Pr. C. de raptu virginum.

(4) L. 1 § 4 D. ad Corn. de Sic.

(5) L. 4 D. ad L. Corn. de Sic.

gredito *parcere ei sine periculo non potuit*, e la uccisione del ladro diurno *si is se telo defendat* (1). Nel Diritto Germanico non solo troviamo che l'uomo ucciso durante la perpetrazione del furto non si paga, ma che è impune l'uccisione fatta per respingere la notturna aggressione al domicilio (2). E l'uno e l'altro caso furono preveduti dalle legislazioni moderne. Il Codice francese e i Codici italiani che si fondaron sovr'esso, e la vigente legislazione hanno riprodotta ed ampliata la dottrina medesima. L'art. 560 dichiara che sono compresi nei casi di *necessità attuale di legittima difesa* i due seguenti: — 1. Se l'omicidio, le ferite, le percosse abbiano avuto luogo nell'atto di respingere di *notte tempo* la scalata, la rottura di recinti, di mura, o di porte di entrata in casa o nell'appartamento abitato o nelle loro dipendenze. — 2. Sé hanno avuto luogo nell'atto della difesa contro gli autori di furto o di saccheggio eseguiti con violenza verso le persone. Se non che quando l'omicidio è commesso nell'atto di respingere *di giorno* la scalata, si ha l'eccesso della difesa (art. 562 C. pen.).

§ 9. — B. *Dell'obbedienza gerarchica* (3). — Il fatto ritenuto come reato dalla legge, benchè comandato dal superiore gerarchico, è sempre un reato allorchè lo si avvisa in sè stesso. Solo egli è necessario disaminare se possa di questo reato ed in quali limiti rispondere colui che l'esegue dietro comando ricevuto dal suo superiore. Quando la legge impone ad un individuo di fare della volontà di altro uomo, a lui dato come superiore, la propria volontà, la libertà del volere in lui è limitata da quel dettato; ed egli non può allontanarsi dall'obbedire senza incorrere certa responsabilità per la violata obbligazione della obbedienza gerarchica. Le legislazioni han ravvisato l'efficacia di

(1) Gaio dice: *Lex VII Tabb. furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur* (l. 4, D. ad L. Aquil.) — Ulpiano aggiunge: *Furem nocturnum si quis occiderit ita demum impune fore si parcere ei sine periculo non potuit* l. 9 D. ad L. Corn. de Sic.) E nelle Institu. di Giustin.: *Qui latronem occiderit non tenetur utique si aliter periculum effugere non potest* (IV, 3 § 2) — Cf. Paul. Rec. Sent. lib. V, tit. 22 § 8.

(2) L. Angl. et Werin. tit. VII, 4 — Edict. Rotharis, c. 33.

(3) Croll: An et quatenus jussio eum qui paret a poena excuset, eamve minuat. Lips. 1785, in Opusc. jur. Crim. n. VII.

questo principio, secondo le varie forme di soggezione degli uomini ad altri uomini, che nella storia sonosi appresentate. Il Diritto Romano per altro ha fondata una dottrina, che, per quanto mutino le forme dell'ubbidienza gerarchica, assegna un limite assai ragionevole al principio della *necessitas obediendi*. Egli è vero che la responsabilità per regola generale è di colui che comanda, e che niuna colpa è in colui il quale è necessitato ad obbedire (1); ma non in tutte le cose il Diritto Romano esime da pena coloro che per obbedienza si determinarono a violare la legge; imperocchè quando il contenuto del comando porga di per sè le sembianze dell'atroce malefizio, niuna autorità di colui che comanda potrebbe farsi superiore all'autorità della legge (2).

Questa distinzione rimase offuscata nelle leggi barbariche, ove fu statuito che qualunque fatto commettesse il servo doveva essere ammendato dal padrone (3); e il comando del re o del duce toglieva dallo esecutore ogni responsabilità (4). Pure vi ha fra quelle leggi una determinazione importante del Diritto anglosassone, quella cioè che dove taluno rechi in casa cose rubate, non è responsalile la consorte di lui (5); dal che si è derivato nel Diritto inglese che le donne non son colpevoli, se ad istigazione di mariti commettano furto, o scrocco, o attentato a' costumi, senza che per altro ciò si estenda ai fatti di alto tradimento o all'omicidio (6). Nel Diritto Canonico v'ha il germe di quella dottrina moderna che vuole nell' inferiore una maggiore libertà, in quel precetto che non vuolsi obbedire al comando quando contenga infrangimento alla legge divina (7).

(1) *Is damnum dat qui jubet dare; eius vero nulla culpa est cui parere necesse est*. L. 169 D. de reg. jur.

(2) *Ad ea quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris ignoscitur servis si dominis obtemperaverint* L. 157 D. de reg. jur.— Cf. l. 20 D. de oblig. et action. — L. 167, D. de reg. jur.

(3) *Quidquid servus vel litus,* JUBENTE DOMINO, *perpetraverit, dominus emendet* L. Saxon. XI, § 1. — Cf. L. Frision. I, 14. — Ed. Rothar. c. 153.

(4) L. Bajuvar. II, § 8.

(5) Leggi del Re Ine, c. 57.

(6) LAYA: Droit Anglais, t. 2, p. 212. — STEPHEN: Summ. c. 2, in fin.

(7) *Si bonum est quod praecipit imperator et praeses, jubentis obsequere*

Fra le legislazioni dei popoli moderni v' ha uno Statuto di Casimiro il Grande re di Polonia che ferma non potersi addurre a giustificazione di maleficio il comando (1). Ma la teorica romana fu considerata sempre come la guida più sicura; e i pratici ne fecero pure applicazione alle attenenze tra padre e figliuolo (2). E nei Codici moderni essa si è pure trasfusa, con quella determinazione che nei fatti che rilevano atrocità di per loro stessi l' obbedienza non è giustificazione. Così il Codice francese giustificò solo gli omicidii e le lesioni corporali quando oltre al comando dell' autorità legittima vi fosse quello della legge, e solo per gli atti contro la libertà individuale volle la responsabilità del superiore che diede il comando. In alcuni Codici alemanni fu dichiarato cho l' eseguire un delitto dietro comando è un atto punibile, ma che se il comando emani da pubblico uffiziale, e l' atto comandato è punito solo come abuso o violazione dei doveri di ufficio, il solo uffiziale pubblico che comanda ne è responsabile; non già l' esecutore materiale (3). Livingston applicando tale dottrina alla gerarchia militare statuì nel suo Codice che il comando giustifica ne' lievi reati (*misdemeanours*), ma non è cagione di giustificazione nei reati gravi (*crimes*) (4).

§ 10. Se vi ha teorica che porga difficoltà ben gravi in materia penale, è questa dell'obbedienza per appunto; la cui soluzione si presenta discorde, secondo le condizioni di organamento politico, e le instituzioni di pubblica amministrazione negli ordini civili e militari dei vari paesi. E massimamente la dubbiezza si accresce quando si ponga mente a due pronunciati che qui vengono presso che a cozzo infra loro, l'uno cioè della sindacabilità di chiunque opera contro la legge, e l' altro della necessità di un'azione

voluntati; si vero malum, responde ei illud de Actibus Apostolorum: OBEDIRE OPORTET DEO MAGIS QUAM HOMINIBUS. C. XI, qu. 3, c. 93, § 1.

(1) Statuto Vislica 1347.

(2) *Filius in levioribus criminibus excusatur de mandato et jussu patris, secus in gravioribus.* FARINAC. qu. 97, n. 153, segg. — Cf. GOMEZ: De delictis; c. 3, de homic. n. 42.

(3) C. di Baviera art. 122; di Annover, art. 85; di Assia, art. 40.

(4) Code of crimes and punishments of Louisiana, art. 36, 37.

non impedita dagli organi secondarii nella direzione della vita dello Stato. Pellegrino Rossi intanto avea posto un pronunciato che spande gran lume su questa quistione; e di esso egli è d'uopo far tesoro per procedere con rigore alla ricerca del vero. Il suo pronunciato è questo: In materia di fatti criminosi eseguiti per altrui comando, la sindacabilità di colui che comanda è in ragion diretta del suo potere di comandare, e la sindacabilità di colui che esegue è in ragione inversa della sua dipendenza dal superiore. Esso è fondato sull'altro principio che la sindacabilità è in ragion diretta del libero volere. Ma se colui che esegue è tanto meno sindacabile quanto maggiore è la sua dipendenza dal superiore per l'atto che costui gli comanda, egli è pur d'uopo ricercare se vi ha una condizione in cui la dipendenza del superiore toglie al tutto ogni sindacabilità nell'inferiore. Or questa condizione non può ammettersi assolutamente. Egli è vero che in taluni ordini dello Stato la disciplina e la prontenza della esecuzione richieggono che si elevi a reato ogni disobbedienza, come accade per appunto nella milizia. Ma nemmeno in questa condizione noi possiamo rinvenire un'assoluta e compiuta incolpabilità per qualsiasi reato da parte dello esecutore. Imperocchè, conforme dirittamente avverte il Rauter, lo Stato può crollare dalle sue fondamenta sempre che si ammetta l'illimitata obbedienza passiva; ed un generale sarebbe esposto ad essere ucciso da un soldato, come prima il costui superiore immediato gliene desse il comando. Quale è dunque il criterio per rinvenire la incolpabilità nello inferiore che esegue? Vi sono dei casi pe' quali egli è impossile riconoscere l'ubbidienza passiva illimitata; e questi ci sembrano potersi stringere in quella formola del Diritto Romano: *ea quae habent atrocitatem facinoris*. Per questi casi non basta all'esecutore il comando del superiore; ma è necessario che egli trovi nella legge il dettato che gli ingiunga di eseguire alcun fatto in cui si scorgono le apparenze di atroce reato, per esserne intieramente scagionato. E perciò noi troviamo che la nostra legge nell'art. 558 del Codice Penale non considera come giustificati gli omicidii, le ferite, le percosse, se non quando, oltre ad essere comandati dall'autorità legittima, vengono ordinati dalla legge. Dal che si desume

che fuori di questa condizione l'inferiore rimane sempre sindacabile di ciò che egli ha operato, e ciò non toglie che il superiore debba pure rispondere del comando illegittimo—Ma vi sono poi dei casi che non *habent atrocitatem facinoris;* e per questi l'inferiore può trovare nel comando del superiore una escolpazione *quia parere necesse est;* il che si avvera in quei fatti che possono essere comandati sotto talune condizioni, e pei quali alcuni individui come rivestiti di mandato giuridico dall'autorità civile son chiamati ad eseguire i comandi che ricevono.—Così la violazione del domicilio dei cittadini ed ogni atto arbitrario sia contro la libertà individuale, sia contro i diritti civili di uno o più cittadini, costituisce per se stesso un fatto criminoso; ma la legge nostra riconosce alcune condizioni, mercè l'avveramento delle quali l'inferiore può trovarsi esente da sindacabilità giuridica. E queste condizioni trovansi consecrate negli art. 194, e 205 del Codice penale; e sono: 1° che l'inferiore giustifichi di aver operato per comando di un superiore; 2° che nella materia cui il comando si riferisce l'inferiore doveva al medesimo una obbedienza gerarchica—Ed in tal caso, come la legge prescrive, l'inferiore è esente da pena, e la pena cade esclusivamente sul superiore che ha dato il comando. Ma se vi fu violazione del segreto delle lettere, coloro che sono addetti alle regie poste non possono mai trovare giustificazione nel comando del superiore, quando incorrono in essa; imperocchè l'obbedienza gerarchica rispetto all'Amministrazione delle regie poste ha fondamento e limite nel servigio pubblico delle comunicazioni, senza potersi punto violare il segreto delle lettere o dei pieghi consegnati alla Posta (art. 237 C. penale).

IV.

Dell'imputazione (1).

« An dolo quid factum sit ex facto cognoscitur ».
L. 1 § 2, D. *de doli mali except.*

§ 1. L'imputazione in senso stretto, è l*accertamento del dolo*; e questo accertamento consiste in un giudizio, in virtù del quale si riconosce che un evento esteriore ha per *cagione morale* quell'individualità che ne è la cagione fisica, avendo radice nell'aver egli *voluto* alcun atto dopo aver *saputo* che la conseguenza di questo atto sia un evento contraddittorio alla legge. Or posta questa nozione, egli è facile il desumerne che il dolo costituisce un fenomeno interno, un fatto psicologico dell'individualità umana; e perch'esso sia certo come una condizione necessaria per aversi il reato, egli è duopo che la società giuridica possa leggere nella coscienza dell'uomo. A questo pronunciato si rannodano due dottrine che sono da dichiarare partitamente.

a) La prima è che, il dolo essendo un fatto speciale ed individuale, il suo riconoscimento non può soggiacere a regole giuridiche *a priori*, tranne quella della necessità che esso sia dimostrato come una realità di fatto.

b) La seconda è che il dolo, essendo un fatto dello spirito umano, appartiene potenzialmente a tutti gli esseri umani, salvo

(1) Graeffe: D. de imputandis delictis. Lips. 1656.—Trendelenburg: Specimen juris naturae exhibens genuinam imputationis notionem. Helmst. 1761, 4°.—Vosmauer: Specimen exhibens doctrinam de imputatione ad delicta universa applicata. Lugd. 1775.— Eckardt: Principia juris naturalis de actionum moralitate ad jus crim. applicata. Jen. 1688.— Merrau: Sulla moralità ed imputazione delle azioni umane per conto della penalità (ted. nei suoi *Studi*. Lips. 1797, 8°).—Klein: Dell'imputazione dei delitti (ted. Arch. di D. Cr. t. IV).—Weber: Considerazioni sulla imputazione dei reati (ted. Arch. di D. Cr. t. VII).— Kleinschrod: Dottrina dell'imputaz. nei delitti (ted. N. Arch. di Dr. Cr. I.—Vers. ital. Scritti Germ. Iv. 1846, I.).— Berner: Dottrina della imputazione (ted. Berlino 1843).— May: L'imputazione giuridica (ted). Zurigo 1851.

per coloro che nel momento dell'azione non hanno il lume dell'intelligenza; nel che si fonda la *teorica della niuna imputabilità* di alcuni fra gli esseri umani come eccezione alla regola generale che l'uomo è imputabile delle sue azioni. (V. p. 154 del volume presente).

§ 2. La natura delle cose trae seco che i fatti individuali son di tale varietà indefinita, di tale accidentalità che non potrebbero esser sottoposti ad un criterio universale, da cui si derivino regole inalterabili che possano elevarsi a presunzioni giuridiche. E soprattutto laddove si consideri che i fatti psicologici di un individuo non appariscono immediatamente alla coscienza degli altri uomini, ma solo nelle azioni stesse dell'uomo, sicchè da questi eventi esteriori bisogna risalire alla cagione morale, e però penetrare nei recessi dello spirito umano per discroprirveli, chiaro si scorgerà ch'egli è impossibile elevare alcuni eventi esteriori a presunzioni irrevocabili di proponimento criminoso. Vero è che avvi taluni fatti dell'attività umana i quali ordinariamente si appalesano come esteriore riverbero del movimento interno del dolo; onde per essi sono adequate le locuzioni: *res ipsa in se dolum habet*, *dolo factum*, *dolo fecisse videri*. Ma questa ricognizione è sempre una quistione di fatto che vuol essere lasciata al criterio del giudice di fatto, al quale per appunto s'appartiene il vedere se siavi dolo nell'azione ovvero se il dolo manchi, sia per una condizione di ignoranza od errore (e sottordinatamente come colpa o caso), sia per una condizione di violenza alla quale non si è potuto resistere. Il legislatore non può dunque statuire presunzione di dolo; nè altra regola generale intorno ad esso può fermare, tranne quella che il dolo debbe essere dimostrato con argomenti, come un elemento necessario a costituire il fatto criminoso. Ed a tal uopo il giudice dee valutare tutto il fatto esteriore che si presenta nel mondo della esistenza, e da questo, se è possibile ed in quanto è possibile, risalire alla ricerca dal proponimento, analizzando il fatto nel suo contenuto, cioè in tutti i suoi elementi, e nelle sue attenenze coi fatti che lo han preceduto accompagnato o seguito, per poter pronunziare un maturo giudizio.

§ 3. Il Diritto Romano ha costantemente ritenuto il principio che il dolo debb'essere provato con chiari argomenti. *Dolum ex perspicuis indiciis probari convenit* (1). Solo perchè quelle leggi conteneano dei criterii regolatori delle pruove, da ciò provenne che per parecchie azioni trovansi spesso additate le formole *dolo factum esse*, *dolo fecisse videri*. Ma la quistione del dolo richiede una disamina tutta di fatto e movente dalla contemplazione dello evento esteriore per leggere in esso quanta parte vi abbia avuto il volere. *An dolo quid factum sit ex facto cognoscitur* (2). I Glossatori nell'età di mezzo aveano creduto desumere dal Diritto Romamo la massima che negli atti illeciti si dee presumere la malvagia intenzione; e questa interpetrazione venne accolta come dottrina dall'universale dei giuristi. Onde il Gandino (3), l'Alciato (4), il Cujacio (5), il Menochio (6), il Mascardo (7), il Farinacio (8), il Mattei (9) ritennero come principio del Diritto Romano *quod quivis praesumitur in dolo nisi contrarium probet*. La qual sentenza scritta nel Diritto Romano per un caso speciale, non può certamente ritenersi come principio generale, quando vediamo in altri moltissimi luoghi consecrato l'opposto pronunciato. Le moderne interpetrazioni del giure romano han fermato che il Diritto Romano non riconoscea la presunzione del dolo come regola nelle azioni illecite. E sebbene il Von Reesema si fosse fatto sostenitore del dolo presunto, il Vening ha esaminato i vari casi preveduti nel Diritto Roma-

(1) L. 6. C. De dolo malo—Cf. l. 6. D. de probat.—L. 18 § 1 D. eod.—L. 4, 10 C. de resc. vend.— L. 25 C. de probat.— L. 9 C. quod met. caus.— L. 11 C. de accus.—L. 1. § 5 C. ad L. Corn. de sic.— L. 1 § 3; L. 16 D. eod.— L. 5 C. de inj.—L. 1, C. de exc. rei judicatae—L. 2 pr. D. de dol. mal. excep.

(2) L. 1 § 2 D. de doli mali exc. Cf. L. 1 § 3 D. ad L. Corn. de Sic.

(3) Rub. de homicidiariis, n. 28, p. 360.

(4) Comment. ad tit. de jud., c. 10.

(5) Comment. ad tit. Cod. ad L. Corn. de Sicar.—Il Cujacio intanto in altro luogo dichiarò: *Et generaliter qui dolum adversario objicit ei incumbit probatio* (ad L. 6 D. de probat.).

(6) De presumption. V. 3, n. 45 sgg.

(7) Conclus. probat. 352, n. 10, sgg.

(8) Quest. 88, n. 11 a 24 — Qu. 89 n. 74.

(9) De Criminibus XLVII, 4, 1, 10.

no su tale argomento, per accertare che in esso non vi è punto la regola che il dolo si presume, e che anzi vi è la regola opposta che *il dolo vuol essere provato* (1).

Le legislazioni moderne non riconoscono vera presunzione di dolo. Il dolo, ovvero la volontarietà dell'azione, vuol esser provato, non altrimenti che tutti gli altri elementi del reato; imperocchè il giudice di fatto è tenuto a punire quando vede dinanzi a sè provato il fatto criminoso; e provato non è il fatto criminoso se non quando gli elementi essenziali di ogni reato, nella sua generalità, e nelle specialità della categoria cui appartiene sono dimostrati. Oltre di che il legislatore non ha enunciato verun caso in cui debbasi necessariamente presumere il dolo. Il che importa che si è lasciato interamente al criterio morale del giudice di fatto il valutare se siavi o non la volontà di operare nell'azione contraria al Diritto, senza potersi ammettere presunzione di dolo.

§ 4. Ma se la legge penale non può fissare *a priori* presunzione sulla *realità del dolo in fatto*, dee rimanersi dallo intralasciare le presunzioni sulla *impossibilità del dolo;* essa dee fissare alcune regole su quegli *stati* o *condizioni* dello spirito umano per i quali *a priori* si può ravvisare che il dolo non ha potuto esistere (v. innanzi, p. 153, 186). Queste condizioni psicologiche o mettono radice nelle leggi stesse della vita universa, per cui porgesi come un divenire anco la vita razionale degli uomini, dacchè tutti percorrono un'età nella quale la vita incipiente porta seco l'immaturità della intelligenza; ovvero mettono radice in contingenze, per le quali apparisce la privazione della mente, come eccezione alla regola generale che gli esseri umani in quanto son tali trovansi dotati di intelligenza ed arbitrio. Il che dà materia a due dottrine che vogliono essere studiate partitamente, cioè quella dell'*età minore* e quella delle *infermità della mente.*

(1) Ciò non toglie che in qualche luogo del Diritto Romano trovisi qualche sentenza contraria surta in consegnenza delle regole legali di pruova. *Collatio legum Mos. et Roman.* I. 8.— (Scritti germanici di Diritto Criminale, trad. ital. Firenze 1841).

V.

Dell'età minore come cagione di esclusione del dolo (1).

> Nam veluti infirmo pueri teneroque vagantur
> Corpore, sic animi sequitur sententia tenuis;
> Inde ubi robustis adolevit viribus aetas,
> *Consilium* quoque maius, et auctior est *animi vis*.
> LUCRET. *De rerum natura* III.

§ 1. Perchè una è la legge di tutta la vita, come di ogni singola vita, cioè quella del generarsi o divenire, emancipandosi dalla efficacia della forza generale col muovere dall'imperfezione alla perfezione per una progressione ascendente, egli è forza che ci abbia un età per l'uomo in cui l'idea dell'uomo fisico e morale (appunto perchè la vita trovasi nella sua incipienza) sia incompiutamente attuata. In questa età la vita dell'uomo somiglia quella dell'animale, che è determinata dalla sola forza motrice della individualità sensibile e solo a questa si dirizza come a scopo dei suoi sforzi. Se non che la vita dell'uomo ne discorda in quanto l'animale è destinato a permanere nella rappresentazione della idea della individualità, quando per l'opposto lo stato incompiuto dell'uomo presenta una seguenza ascendente di incrementi, una continua emancipazione dai confini del sensibile e dello individuale alla regione pura dell'intelligenza e delle idee. La qual manifestazione è in vari modi determinata dalle attitudini speciali e dalle acciden-

(1) CAROCCIUS: De minore delinquente. Francf. 1609, 8°. — SCHULTZ: Diss. de delictis puerorum. Altdorf. 1683. — CORDOILLET: D. de minoris dolo. Argent. 1781. — PLATNER: Programma de venia aetatis. Lips. 1809. — CRAMER: De puberbatis termino ex discipl. Roman. Kiel. 1824. — MOEHL: De minori aetate puniendа. Heidelb. 1834. — KITKA: Imputabilità dei giovani delinquenti (ted. A. di D. Crim. 1834). — ENGELKENS: De imput. ad poenam propter aetatis defectum. Groning. 1834. — DE IONGE VON ELLERMEET: De minore aetate noxiam et poenam vel tollente, vel diminuente. Traj. ad Rhen. 1839. — MITTERMAIER: Dell'imputab. dei giovani delinq. (ted.). A. di D. Cr. 1841. — ORTOLAN: Sull'imputab. dei giovanetti nella Rev. de Legisl. par Wolowski. Parigi 1843. — NICOLINI: Quist. di Dir. Vol. I, n. 11; vol. II, n. 16. — FRASER: Diss. qua inquiritur quatenus in criminibus imputandis aetatis delinquentium habenda sit ratio. Amstelod. 1844.

ze esteriori di ciascun individuo che si svolge a maturità di-
vita. Da ciò che l'uomo trovasi in istato di imperfezione intel-
lettiva finchè dura il periodo d'incremento, in guisa da non
avere la coscienza di una norma superiore alle proprie azioni,
raccogliesi che la *imputabilità penale* manca in questo stato,
mancando una delle condizioni indispensabili alla esistenza del
proponimento criminoso. Ma da ciò che l'uomo per legge ge-
nerale dell'umana natura dee seguire la forma della progressi
va evoluzione, onde non passa ad un sol tratto dalla niuna in-
telligenza alla intelligenza, sibbene compie un progresso conti-
nuo di incrementi, e da ciò che questo progresso soggiace ad
innumerabili varietà dipendenti dalle condizioni speciali inter-
ne ed esterne di ciascun individuo, segue non potersi fermare
a priori con precisione il momento della vita che segni il transito
dalla niuna imputabilità alla imputabilità, come regola generale
per tutti gl'individui, nè potersi ciò fissare precisamente, come
nu fatto speciale, neppure per un solo individuo determinato.
Se non che vi ha di certo un periodo della vita per tutti gli
uomini in cui la intelligenza pratica non può tenersi per isvol-
ta siffattamente da porger nitida allo spirito la coscienza mo-
rale; e questo è l'infanzia. *Infantem innocentia consilii tuetur.* Vi
ha poi al contrario un periodo della vita che ne abbraccia la
maggior parte, ed in cui la vita umana si esprime come uma-
na; sicchè per regola generale (salvo talune eccezioni) l'intelli-
genza pratica è svolta in guisa da non potersi revocare in dub-
bio la esistenza del discernimento; e questo periodo è la giova-
nezza, come quella età che offre la intelligenza di ciò che è baste-
vole a conoscere il bene dal male. E perchè questi due perio-
di si distinguono tra loro per una progressione indeterminabile,
fra l'uno e l'altro s'intramezza un altro periodo della vita, cioè
l'adolescenza, in cui rimane dubbio se l'intelligenza sia svolta;
di maniera che fa mestiere di attenta disamina sulla specia-
lità dell'azione criminosa, e sulle condizioni individuali dello
agente, che in questa si rivelano, per determinare se egli era
capace di dolo nel momento dell'azione. Epperò il legislatore,
avendo a tener conto delle cose che sogliono le più delle volte
accadere, dee statuire le regole infrascritte.

1. L'uomo prima di passar l'infanzia dee rimanere esente da qualsiasi imputabilità criminale.

2. L'uomo nell'adolescenza non può tenersi per imputabile senza una disamina speciale della esistenza del discernimento in lui.

3. L'uomo raggiunta la pubertà dee tenersi per imputabile salvo che si provi l'assenza in lui del principio efficiente della imputabilità criminale.

4. L'adolescenza nel caso che siasi operato con discernimento e la età giovanile sono a considerarsi sempre come cagione di diminuzione della pena per l'imperfetto discernimento e l'impeto che impedisce la riflessione.

§ 2. L'età minore è stata considerata, e nelle antiche e nelle moderne legislazioni, come cagione, sia di attenuazione, sia di esclusione del dolo, e per conseguenza come cagione di esclusione o attenuazione della pena. Vi ha un divario intanto fra le diverse legislazioni rispetto al modo di designare il limite che separa il periodo di incolpabilità da quello di colpabilità dell'uomo.

Le determinazioni del Diritto Romano rispondono alle esigenze della scienza. E di vero in quelle leggi per rispetto all'età distinguevasi tre ordini di persone: *infantes*, *impuberes*, *minores*.

1.° I *fanciulli* minori di sette anni (*in-fantes*) non potevano commettere delitto, nè però eran da punire, non potendosi avere in quell'età nè coscienza del Diritto, nè volere criminoso (1).

2.° Gli *impuberi* non erano assolutamente senza punizione ma trattavasi di vedere se eran *capaci di dolo;* il che doveva investigarsi secondo l'indole di ciascun delitto; onde il giudice era tenuto a risolvere la quistione speciale del discernimento per la punibilità dei fanciulli dal settimo al quattordicesimo anno (2).

(1) *Infantem innocentia consilii tuetur*, L. 12 D. ad L. Corn. de Sicar. — *In porvulis nulla deprehenditur culpa*, l. penult. D. de fideicomm. libert. — Cf. I. 108 D. de reg. jur. — L. 7 C. de poenis. — L. 23 D. de furtis.

(2) *Pueri impuberes praetoris arbitratu puniuntur* (Gellius, IX, 18). — *In summa sciendum est quaesitum esse an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu facientis consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem si proximus pubertati sit* ET OB ID INTELLIGAT

3.° I *minori*, dopo raggiunta la pubertà, poteano solo in condizioni speciali pretendere una considerazione, e mitigazione di pene, probabilmente nei delitti colposi, ma non già per cagione di adulterio o di stupro. E soltanto per taluni reati eran protetti dalla presunzione di ignoranza del Diritto (1).

Non altrimenti nel Diritto Germanico l'imputabilità criminale era esclusa per cagione dell'età puerile (2). E il Diritto Canonico escluse da ogni imputabilità l'infanzia (3); ma richiese che dopo l'infanzia propriamente detta non si proceda di troppo con regole generali, sibbene si determini secondo i vari delitti la esistenza o la inesistenza della imputabilità, solo punendosi con pena minore i delitti degli adolescenti (4).

I penalisti italiani antichi riprodussero tal quale la dottrina romana che sino ai sette anni vi è assoluta esenzione da imputabilità e da pena, e solo durante la impubertà fa mestieri di una indagine sulla condizione individuale del discernimento

SE DELINQUERE § 18, Instit. de obl. quae ex del. — *Gaius* III, 18. — Cf. L. 13, § 3. D. de poenis — L. 108, D. de reg. jur. — L. 7 C. de poenis — L. 23 C. de aedil. edict.—L. 1 § 15 de depos.— L. 3 § 2 de tribut. act.—L. 4 § 2 D. de doli mali except. — L. 13 § 1 De dolo malo — L. 23 D. de furt. — L. 2 § 19 D. de vi bonor. raptor — L. 3 § 1 D. de injur.—L. 111 D. de reg. jur.— L. 22 pr. D. ad L. Corn. de Fals.—L. 1. Cod. de fals. mon.—L. 4 C. Th. cod.— L. 6 C. ad L. Corn. De Sic. — L. 3 § 1 D. eod. tit.

(1) *In delictis minor annis XXV non meretur in integrum restitutionem, utique atrocioribus, nisi quatenus miseratio aetatis ad mediocrem poenam judicem permoverit*, I. 37 § 1 D. de minor.

(2) *Si quis puer infra duodecim annos aliquam culpam commiserit, fredus ei non requiratur* L. Salic. XXVI, 9. *Tutor de bonis impuberis pro delicti ipsius tenetur satisfacere ei qui vel in rebus ab eo damnum vel in corpore passi sunt laesionem.* —Sunesen: III, 4.— Il C. XXIV, delle Assise di Gerusalemme ponea che i minori di anni quindici doveano esser corretti dalla famiglia o dal *Vicecomes* se avean l'abitudine di contrastarsi o di battere.

(3) *Si infans hominem mutilet vel occidat, nullam ex hoc irregularitatem incurrit.* Clem. un. de homic. III. — Cf. c. 7, c. IX, qu. 47 de poenis.

(4) *Pueris grandiusculis peccatum nolunt attribuere quidam nisi ab annis XIV cum pubescere coeperint. Quod merito crederemus si nulla essent peccata nisi quae membris genitalibus admittuntur. Quis vero audax affirmare fuit mendacia ac perjuria non esse peccata? At his plena puerilis aetas, quamvis in iis non ita ut in majoribus punienda videantur* Cap. 1. X, de delictis puerorum.

morale (1). E Federico II nelle sue Costituzioni accolse per intero il concetto della impunità del fanciullo, e di una diminuzione di pena come *restitutio in integrum* al minore, salvo che fissò a diciotto anni il limite dell'età minore nella materia penale. *Eis autem delinquentibus si delictum procedat ex animo, nisi quatenus miseratio aetatis judicem moverit, minime subvenimus* (2). Da queste parole alcuni interpetrarono doversi con pena straordinaria punire i minori. Ed una Prammatica ordinò che sia di arbitrio dei giudicanti punirli con ordinaria pena o con più mite, considerata l'atrocità del delitto, la qualità della persona, la reiterazione dei delitti ed altre condizioni.

I penalisti alemanni si rannodarono alla dottrina italiana (3), sebbene la Carolina se ne discostasse col mitigare la pena al giovanetto, senza porre regole generali su la esclusione del dolo (4). Il Diritto inglese riprodusse le determinazioni romane (5). Il Diritto danese fin dal secolo XIII estendea sino ai quindici anni la presunzione della inesistenza del dolo (6).

Nelle odierne Legislazioni il Codice Francese ha statuito l'età di anni sedici come quella in cui l'imputabilità si presume; lasciando per tutto il tempo anteriore la risoluzione della quistione al giudice di fatto. Ma la maggior parte dei Codici attuali accettano il principio duplice di una età in cui si presume, senza prova contraria, l'inesistenza del dolo, e di un'altra età posteriore in cui bisogna risolvere la quistione speciale della esistenza del discernimento. Così i Codici Alemanni (ad eccezione del Codice prussiano e del Codice bavaro del 1861 che in ciò seguono la teorica del codice francese) fissano, variando tra loro nel limite, l'età della esclusione del dolo; e lo stes-

(1) Gandinus: de poenis reor. 30. — Clarus: qu. 60, n. 2. — Farinacius: qu. 92.

(2) Consl. *minorum jura*.

(3) Carpzov. Pracl. Crim. qu. 134.—Boehmeri, Medd. in C. Carol.

(4) Const. Crim. Carol. arl. 178.

(5) Blackstone: t. I, p. 28.—Stephen: Summ. of the crim. law § II, in pr.

(6) Kolderup-Rosenwinge: Grundr. p. 222.

(7) I Codici dell'Austria e del Wurlemberg la fissano sino agli otlo anni; i Codici di Annover, Assia, Turingia e Baden sino ai dodici; e i Codici di Braunschweig e di Sassonia sino ai quattordici anni.

so fanno i Codici della Svizzera (1). La legislazione russa e i Codici del Brasile e della Luigiana fissano fino ai dieci anni l'incapacità del dolo; il Codice della Cina la riconosce fino ai sette anni.

Nella legislazione italiana anteriore al 1861, il Codice napoletano del 1819 statuiva i seguenti principii:

1. Fino al termine di nove anni compiuti la incolpabilità è certa e vi è la presunzione legale dell'incapacità del dolo.

2. Dai nove a quattordici anni la incolpabilità è dubbiosa; e vi è mestieri di una disamina del magistrato sull'esistenza del discernimento nell'azione.

3. Dai quattordici anni in poi si presume la esistenza del discernimento per esser certa la colpabilità dell'uomo; il che per altro non esclude la possibilità di una pruova in contrario.

4. Dai nove ai quattordici anni nel caso di discernimento riconosciuto come sussistente, e dai quattordici sino ai diciotto anni, vi è una semplice mitigazione di pene.

Il Codice Parmense e il Codice Sardo del 1839 si discostarono dalla dottrina delle leggi napoletane, fissando il primo che sino a quindici anni, e il secondo che sino ai quattordici anni non vi sia pena se non siasi operato con discernimento. Il Codice Estense, il Regolamento Romano, e il Codice Toscano per l'opposto ritennero l'esclusione *a priori* del dolo nell'età puerile, e la necessità di provare il discernimento, compiuta la puerizia; se non che l'età della niuna imputabilità era sino ai dieci anni per il Codice Estense e per il Regolamento Romano; ed era sino ai dodici anni per il Codice Toscano. E tutti e tre questi Codici stabilivano, come il Napoletano, una seconda età di dubbio dolo, sicchè richiesero la prova del discernimento ed attenuarono la pena; il Codice Toscano e l'Estense posero a' 14 anni la certezza del dolo; il Regolamento Romano la fissò ai quindici anni.

§ 2. Il Codice del 1859 per il Regno d'Italia negli articoli 92 a 96 riprodusse il principio della legge francese secondo le determinazioni del Codice Albertino al quale succedette; cosicchè

(1) Temme: Trattato del Dir. Pen. Svizzero § 41.

non vi fu che una dichiarazione di dubbio discernimento morale fino agli anni quattordici, e una diminuzione di pena sino agli anni ventuno per la minore intensità che fu ritenuta nel dolo. Il Decreto della Luogotenenza di Napoli del 17 febbraio 1861 nello estendere alle province meridionali il Codice del 1859 con alcune modificazioni che v'introdusse, repristinò il principio del Codice del 1819, che la età minore dei nove anni compiuti debba considerarsi come esente da qualsiasi incriminazione. Di guisa che le regole concernenti l'età minore nelle attenenze col dolo, per l'Italia meridionale, si riducono alle seguenti:

I. Il fanciullo che non ha compiuto gli anni nove è esente da pena (art. 88, modificato).

II. Per l'età dagli anni nove ai quattordici compiuti la esistenza del discernimento morale è dubbia; cosicchè v'è mestieri che consti l'essersi operato con discernimento perchè si dia luogo alla pena; e solamente la legge assicura gl'interessi della pubblica e privata tranquillità con l'eccitare la potestà domestica, o con l'abilitare l'autorità pubblica a raffrenare i malvagi impulsi rivelati dalle azioni commesse (1).

III. Dall'età dei quattordici anni compiuti in poi la legge presume la esistenza del discernimento morale; sicchè l'imputabilità dell'uomo non ammette altra dubitazione, salvo che sia provato il contrario per cagioni indipendenti dall'età stessa.

§ 3. Ma indipendentemente dalla triplice condizione giuridica della incapacità di dolo fino a nove anni, della capacità presunta dopo l'anno quattordicesimo, e della necessità di speciale

(1) Art. 88 modif., comma 2.— « Il minore degli anni quattordici sarà sottoposto a pena quando consti che abbia operato con discernimento. Nel caso di esenzione da pena, se si tratta di crimine o di delitto, i Tribunali ordineranno che l'imputato sia consegnato ai suoi parenti, facendo loro assumere l'obbligo di bene educarlo e di vigilare sulla sua condotta sotto pena dei danni, e ove le circostanze dei casi lo esigano, di una multa di lire centocinquanta. È tuttavia in facoltà delle Corti e dei Tribunali ordinare che l'imputato sia ricoverato in uno stabilimento pubblico di lavoro per un tempo maggiore o minore secondo l'età di lui e la natura del reato, senza che però possa eccedere quello in cui l'imputato avrà compiuto il diciottesimo anno ».

disamina, *an doli capax*, nell'età intermedia dai nove ai quattordici anni, il dolo dei minori è ritenuto come di minore intensità, nella forma per altro di una progressione ascendente, che segue il più che sia possibile il transito dell'intelligenza umana dal suo primo crepuscolo sino alla pienezza della luce. Così la legislazione vigente riconosce tre periodi: A) Il primo è quello del dolo tenuissimo che rasenta con l'insistenza del discernimento; ed è quello stadio medesimo da' nove ai quattordici anni, in cui l'incertezza del discernimento morale richiede l'accertamento della sua esistenza mercè una disamina speciale — B) Il secondo periodo è dagli anni quattordici ai diciotto, in cui l'intensità del dolo va crescendo, e cresce di pari con essa la penalità con menomarsi la digradazione della pena del reato — C) Il terzo ed ultimo periodo è quello dagli anni diciotto ai ventuno compiuti, nel quale l'intensità del dolo rasenta col dolo pieno ed ordinario, e vi ha una minima diminuzione di pena, finchè l'età degli anni ventuno compiuti non apparisca, nella quale la pienezza del dolo vuole intera la pena (1). Del come si concreti questa serie decrescente di diminuzioni della penalità ordinaria pei minori noi ci faremo a ragionare più appresso, quando esporremo il sistema penale della vigente legislazione italiana.

(1) Vedi gli art. 87, 89, 91 del Codice penale vigente.

VI.

Dello stato di privazione o di vizio della mente.

« Furiosi nulla voluntas est ».
L. 40. D. *de reg. jur.*

§ 1. Se la mente è condizione prima di ogni imputabilità penale, astrazion fatta dalla vita umana incipiente, in cui non vi è, o non è maturo il discernimento morale, vi ha un' altra cagione per cui il dolo vuolsi ritenere impossibile; e questa è la mancanza della mente per anormale stato dell'essere umano. Non è mestieri di spender parole alla dimostrazione di questo pronunciato giuridico. Nè in ciò porgono divario alcuno le varie legislazioni penali. Esse escludono tutte dalla responsabilità penale l' *amentia* nel più ampio significato della parola. — Il Diritto Romano domandava *furor* ogni *mentis alienatio qua quis omni intellectu caret* (1); onde il *furiosus* non ha volontà, e gli atti commessi nel *furor* hanno a considerarsi come *infelicitas fati*, mentre il furioso *satis ipso furore punitur* (2). Nel Diritto Germanico l'editto di Rotari esclude il *rabiosus* e il *daemoniacus* dall' imputabilità criminale (3). E nel Diritto Canonico parimente è contemplata la condizione del *furiosus* come esente da dolo, ed a questa è assomigliato lo stato di sonno (4). I pratici non solo accolsero la locuzione romana del *furioso* per escludere dall' imputabilità tutti gli stati d' infermità della mente, ma esagerarono il significato di essa, assomigliando alla condizione del furioso il prodigo, il geloso ed anche l' uomo preso dall' ira, che

(1) L. 14 D. de off. praesid.

(2) *Infans vel furiosus si hominem occiderint non tenentur lege Cornelia, cum alterum innocentia consilii tuetur,* ALTERUM FATI INFELICITAS EXCUSAT. L. 12 D. ad L. Corn. de sicar. — *Satis furore ipso punitur* L. 14 D. de off. praesid.— Cf. L. 5. § 2 D. ad L. Aquil. L. 9, § 2 D. 2 L. Pomp. de parricid.— L. 3, § 11 D. ad Sc. Silan.

(3) *Si quis peccatis imminentibus homo rabiosus aut daemoniacus factus fuerit et damnum fecerit in homine aut quolibet peculio, non requiratur ab heredibus eius.* Edict. Rothar. c. 328.

(4) *Si furiosus aut dormiens hominem mutilet vel occidat, nullam ex hoc irregularitatem incurrit,* Clem. un. de homic. III, 4.— Cf. C. XV, qu. 1, C. 12

venne considerata come *breve furore*. Tutte le legislazioni moderne convengono nel principio della esenzione dei dementi dal dolo (1). Se non che talune hanno enumerato tassativamente quei casi che secondo esse costituiscono demenza; altre a cominciare dal Codice francese del 1810 hanno anteposto una formola generale che prevede tutti i casi, lasciando al giudice di fatto lo esaminare lo stato psicologico dell'agente; e di queste alcune hanno enunciato la regola generale non senza enucleare alcuni casi per maniera di esempio (2). Il migliore di questi due sistemi è senza dubbio quello del Codice francese nel quale il legislatore si limita a fissare il principio generale, che non vi è reato quando l'imputato era in istato di *demenza* al tempo dell'azione, intendendosi per demenza qualsiasi condizione che ingeneri *privazione di mente*.

§ 2. In Italia il Codice napoletano del 1819 avea riprodotto la formola francese, ma ne alterò il rigore logico per avere aggiunto alla formola generale della demenza il caso speciale del *furore* (3). Il Codice parmense, l'Albertino, l'Estense anteposero il sistema della enumerazione tassativa delle forme della demenza, specificando non esservi reato quando l'imputato nel momento dell'azione trovavasi in istato di *assoluta imbecillità*, di *pazzia* o di *morboso furore* (4); e il Regolamento gregoriano enunciò come esclusione del dolo la sola *pazzia* (5). Ma in quella vece il Codice Toscano del 1863 ha fatto suo il principio del Codice francese adoperando una locuzione ancor più generale; imperocchè nell'art. 34 ha dichiarato che le *violazioni della legge penale non sono imputabili quando chi le commise non ebbe coscien-*

(1) Si addnce come monumento di assurdità legislativa che Arrigo VIII in Inghilterra punì anco nei dementi il reato di maestà (*Blackstone* t. I, p. 92).

(2) Egli è pregio dell'opera riferire qui l'art. 67, 1° comma del Codice di Baviera del 1861: « Non v'è azione punibile quando nel momento dell'azione per imbecillità, demenza, furore, ubbriachezza piena, o *altra cagione simile*, mancò all'agente l'attitudine al determinarsi o il discernimento necessario a conoscere la punibilità dell'atto ».

(3) C. pen. napol. art. 61.

(4) Còd. parmense, art. 62.—Cod. Sardo del 1839, art. 99. — Cod. estense art. 55.

(5) Regol. gregor. art. 26.

za dei suoi atti (1). Quando nel 1659 apparve il nuovo Codice penale per gli antichi Stati sardi, vi si trasfuse il sistema del Codice Albertino che specificava le tre presunzioni della privazione di mente, cioè *l'imbecillità assoluta*, la *pazzia* ed il *morboso furore*. E d'altro canto vi si aggiunse una determinazione già apparsa nei Codici italiani anteriori, come il parmense, l'estense, l'albertino, e il toscano, sulla quasi demenza, cioè su quello stato d'imbecillità, di pazzia, o di morboso furore, che scema la imputabilità senza rendere l'azione non imputabile (2). Così l'art. 94 dichiarò « Non vi è reato se l'imputato trovavasi in istato di assoluta imbecillità, di pazzia o di morboso furore quando commise l'azione ». E l'art. 95 soggiunse che i giudici debbono applicare un mite genere di pena « *allorchè l'imbecillità, la pazzia o il morboso furore non si riconoscessero a tal modo da rendere non imputabile affatto l'azione* ». Il decreto del 17 febbraio 1861 della Luogotenenza di Napoli modificò questi due articoli col ritornare al sistema francese di una formola generalissima che comprenda tutti i casi, sia di demenza, sia di quasi demenza. Epperò l'art. 94 fu così modificato. « Non vi è reato se l'imputato, nel tempo in cui l'azione fu eseguita, trovavasi in istato di privazione di mente, permanente, o transitoria, derivante da qualunque causa ».—E l'art. 95 determinò un genere di pena più mite allorchè vi fosse *vizio di mente*, ma non tale da rendere non imputabile l'azione. Così le due forme della demenza e della quasi demenza presero il nome generalissimo, la prima di *privazione della mente*, o assoluta mancanza dell'intelligenza, e l'altra di *vizio di mente*, o diminuzione che semplicemente l'offusca.

§ 3. Ciò posto, facciamoci a disaminare le varie forme nelle quali può appalesarsi o lo stato di privazione compiuta della mente, o quello del semplice offuscamento dell'intelligenza. E cominciando dalle malattie della mente che ingenerano o privazione o vizio dell'intelligenza (3), crediamo inutile il tener die-

(1) Cod. toscano art. 53.

(2) Cod. parmense, art. 63—Cod. sardo del 1839, art. 100—Codice toscano, art. 64—Cod. estense, art. 56.—Questa determinazione trovasi pure in alcuni Codici alemanni, come quello di Braunschweig e quello di Baviera del 1861.

(3) Simicius: Quatenus dementes furiosi et ebrii ex delicto obligentur (Giess.

tro alle molti e discordi classificazioni proposte dai cultori della scienza. L'antropologia psichica suol riconoscere tre forme generali dello stato di anormalità patologica dell'intelletto. L'una è l'impotenza radicale dello spirito alla vita razionale, e que-

1669) — STRYKII: De dementia et melancholia. Francof. 1672. — LEYSER: De his qui ex mentis imbecillitate delinquunt. Viteb. 1732. — REMER: De imput. actionum ex melancholia provenientium. Ultraj. 1710. — TAUBER: De jure circa furiosos obtinente. Altd. 1703. — CHR. THOMASII: De praesumpt. furoris et dementiae. Hal. 1719, 1751. — CRELL: De probatione sanae mentis. Viteb. 1737. — HOMMEL: De temperandis poenis ob imbecillitatem intellectus. Lips. 1755. — ALBERTI: De melancholia vera et simulata. Hal. 1743. — HOFFRAUER: Medicina legale intorno ai mentecatti (ted.). Halle 1802. — PINEL: Traité medico-philosophique sur l'alien. mentale. Paris 1809, 8°. — FODÉRÉ: Traité du délire appliqué à la médecine, à la morale, à la législation. Paris 1817, 2 vol. in 8°. — KLEIN: Sulle malattie dell'animo (ted.). Diss. dell'Accad. delle Scienze di Berlino 1803. — HEIMROTH: Trattato delle perturbazioni della vita dell'animo (ted.). Lipsia 1818. — GUISLAIN: De l'aliénation mentale. Amst. 1826. — GEORGET: Discussion medico-légale sur la folie. Paris 1826, in 8°. — Id. Des maladies mentales considérées dans les rapports avec la legislat. civ. et crim. Paris 1827, in 8°. — GROOS: La dottrina della mania senza delirio (ted.). Heid. 1830, in 8°. — MITTERMAIER: De alienationibus mentis. Heid. 1825. — Id. De principio imputationis alien. mentis. Heid. 1837, in 4°. — Sul risultato di alcune moderne investigazioni intorno gli stati dubbiosi dell'animo (ted.) N. Arch. di D. Cr. t. XVI, trad. *Scr. Germ.* Liv. 1846 t. 2. — FERRARESE: Dello malattie della mente. Napoli 1830-32, vol. 2 in 8°. — Programma di Psicologia medico-forense. Napoli, 1834, in 8°. Quistioni di Psic. med. forense. Napoli 1837, 8°. — HAGEN: Le allucinazioni (ted.). Lips. 1837. — ESQUIROL: Des maladies mentales. Paris 1838, 2 v. in 8°. — SCHNITZER: Dottrina della imputabilità negli stati dubbiosi dell'animo (ted.). Berlino 1840, in 8°. — MARC: De la folie considérée dans ses rapp. avec les quaestions med. judic. Paris 1840, 8°. — NICOLINI: Del furore e della demenza, nelle Quist. di Diritto t. 2, n. 18 e 19. — RAY: Trattato sulle malattie della mente (ingl.). Boston 1844. — MAFFEI e RÖSCH: Ricerche sul Cretinismo (ted.). Erlangen 1844. — BRIÈRE DE BOISMONT: Des hallucinations. Paris 1855. — ELLINGER: Su' momenti antropologici della imputabilità (ted.). Ludwisgburg 1846. — IDELER: Trattato di Psicologia giudiciaria (ted.). Berlino 1851. — FRIEDREICH: Sistema di Psicologia giudiciaria, 3ª ediz. (ted.). Regensb. 1852. — GANDOLFI: Fondamenti di medicina forense analitica. Modena 1852. — I, p. 247 a 402. — KIESER: Elementi di Psichiatria (ted.) Breslau 1854. — RENAUDIN: Études medico-psycologiques sur l'alienation mentale. Paris 1854. — BAILLARGES: Essai de classification des maladies mentales. — FALRET: Leçons cliniques de médecine mentale. Paris 1854. —

sta dicesi *imbecillità* o *stupidezza*. L' altra è il disquilibrio della vita dello spirito, perchè il sentimento prepondera sull' intelletto fino a soggiogarlo in maniera da sostituire alla intellezione il fantasma, *trattando le ombre come cosa salda;* e questa è la manìa (*demenza* nello stretto significato). E l' ultima è una forma speciale di disquilibrio, in cui lo stato maniaco soggioga l' intelletto e la volontà, illudendo quello e spingendo questa ad atti violenti; e questa è il *furore*. Questi tre stati d' *imbecillità, demenza* e *furore* possono derivare da patemi corporei ovvero da sofferenze dell' animo; e tra essi l' imbecillità può essere vizio radicale dell' intelligenza, e talvolta effetto di una infermità materiale. Ma in tutte queste forme vi ha una nota comune, cioè che l' intelligenza non può governare la vita dell' uomo che sia tocco da alcuna di esse; cosicchè l' essere il quale vi sottogiace rimane nella pura vita animale e inconsapevole di sè stesso, onde non può mai tenersi come cagione morale delle sue operazioni. Ma tutta specifica ed individuale è la disamina se colui che dicesi colpito da demenza abbia veramente perduto la coscienza di sè stesso e delle sue azioni in modo da non poter soggiacere ad imputabilità criminale. E non è possibile fissare *a priori* delle regole legislative, sì per la innumerabile varietà delle accidenze, sì per le difficoltà che presenta il riconoscere lo stato eccezionale della intelligenza dagli atti esteriori dogli uomini. Onde savio consiglio di una legge penale si è quello di porre come principio

BUCKNELL: Infermità della mente in attenenza coi delitti (ingl.). Lond. 1854.— WILLIAMS: Infermità della mente (ingl.). Dublino 1854.— SPITTA: Studi pratici sulla Psicologia medico-forense (ted.). Rostock 1855. — SPIELMANN: Diagnostica delle malattie dello spirito (ted.). Vienna 1855.— ALBERS: Memoranda di Psichiatria (ted.). Weimar 1855.—WHARTON E STILLÉ: Trattato di giurisprudenza medica (ingl.). Filad. 1855.— GIESINGER: La patologia e terapia delle malattie mentali, 21ª ed. (ted.). Stuttgart 1861. — GÜNTHER: La vita psichica dell'uomo relativamente all'imputazione (ted.). Vienna e Praga 1861.—KNOCKE: I dementi innanzi al Giurì, nel Giorn. di D. pen. di Holzendorff. 1863 p. 607— A queste pubblicazioni vuolsi aggiungere il *Giornale di Psichiatria* del *Friedreich* in Germania, il *Giornale di medicina psicologica* del *Winslow* in Inghilterra, e il *Journal de médecine mentale* del *Delasiauve* in Francia.— DALLY: Remarques sur les aliénés. Paris 1864.

la incolpabilità di coloro che son privi di mento lasciando al giudice di fatto per mezzo di uomini periti delle alienazioni mentali, e specialmente mercè l' avviso di coloro che coltivano la scienza frenologica, il disaminare se sussista o non la demenza.

§ 4. Intanto a queste forme generali di compiuta privazione dell' intelligenza per infermità dello spirito vuolsi aggiungere due stati eccezionali che contengono una condizione di intelligenza mista alla sua negazione. L' uno è lo stato di *demenza parziale* come eccezione in un individuo la cui condizione generale ed ordinaria è la sanità della mente (*monomania*). L' altro è lo stato di mente sana come eccezione in un individuo la cui condizione ordinaria è la demenza (*lucido intervallo*).

La *monomania* (1) è malagevole ad accertarsi, perocchè in tutte le faccende della vita che non hanno attenenza con essa l' uomo si addimostra nel pieno possesso delle sue forze intellettive. Ma la sua essenza consiste in ciò per appunto che un obbietto ideale determinato viene ad occupare di tanto lo spirito da fargli perdere intorno ad esso la signoria di sè medesimo, da farlo operare come macchina pura. Onde gli atti che si riferiscono a questa *idea fissa*, debbonsi porgere come effetto di un muoversi cieco. Tale è per es. la *piromania*, o manìa dell' incendiare, la *cleptomania* o manìa del rubare, la monomanìa omicida, la tendenza invincibile a qualche cosa in alcune donne incinte, e simili casi. Certo si è che non vuolsi confondere con la monomanìa quell' ardenza del sentimento, sia erotico, sia civile, sia religioso che pone un pensiero dominante nello spi-

(1) Michu: Discussion medico-légale sur la monomanie homicide. Paris 1825 in 8°. — Brière de Boismont: Observations medico-legales sur la monomanie homicide. Paris 1826.— Regnault: De la monomanie homicide. Paris, 1828 in 8°. — Nouvelles réflexions sur la monom. homicide. Paris 1830 in 8°. — Collard de Matigny: Quest. de jurisprud. médico-légal sur la monomanie homicide etc. Paris 1830.—Examen médico-légal sur la monomanie homicide. Brux. 1832.—Quetelet: Observations sur le penchant au crime. Paris, *Rev. Encycl.* 1831. — Ferrarese: Trattato della monomania suicida. Napoli 1833 in 8°. — Esame dello stato morale ed imputabile dei folli monomaniaci. Napoli 1835 in 8°. — Brière de Boismont: Sulla manía di persecuzione negli *Annales d' Hygiène légale*. Paris 1832. — Boileau de Castelnau: De la folie affective ibid. 1836.

rito di un qualche individuo, e lo spinge ad atti che contraddicono al Diritto ed alla legge. Imperocchè siccome d'ordinario le più atroci scelleranze nascono da violente passioni, e d'ordinario i più abbietti fra i malefizi trovano la loro prima radice in alcuna torbida tendenza del cuore umano, bisognerebbe definire come lo effetto di una monomanìa qualsiasi malefizio. Vero è che un sentimento religioso o erotico o sociale può pure sollevarsi a tale intensità da schiacciare la libertà psichica; ed in tal caso diviene pure una monomanìa il fanatismo, sia superstizioso, sia radicato in altre cagioni (1). Ma bisogna riconoscere, secondo avverte il Knop, che la semplice affermazione di un impulso invincibile non ha significato medico, e solo nei veri dementi ci ha un impulso invincibile a fatti violenti o a trasgressioni di legge (2). Il divario si porge in ciò che le forti passioni fecondate nello spirito trascinano la volontà, ma non offuscano l'intelletto in guisa che operi alla cieca e senza prefiggersi uno scopo, ed eleggere i mezzi; dove per l'opposto nella monomanìa si verifica che gli atti ad essa appartenenti sono eseguiti senza coscienza di ciò che si opera, come accade per il bruto, che istintivamente tende a quello cui è dirizzata la sua natura, senza rendersi conto dei suoi propri movimenti. Laonde una disamina accurata sulla vita in generale dell'essere operante, e sulle specialità nelle quali si concreta il suo operare, fa discernere la vera dalla falsa monomanìa. Ma posto che la si rinvenga come un vero di fatto, per le operazioni contenute nella sua cerchia, vuolsi ritenere la mancanza di ogni possibile dolo.

Il *lucido intervallo* (3), se a prima fronte lo si avvisa, non parrebbe dover esser tale da escludere l'imputabilità criminale degli atti operati nella sua durata; imperocchè la sua apparenza è per appunto lo stato di sanità della mente. Nel Diritto Romano gl'*intervalla sensu saniore* non escludeano la imputabili-

(1) Friedreich: Del valore che ha nell'Antropologia giudiciaria la superstizione; nel Giorn. di D. Pen. dell'Holzendorff 1862 p. 212, 231.

(2) Konp: Paradossia del volere (ted.) 1863.

(3) Friedreich: Dell'imputazione dei pazzi nel lucido intervallo (ted. N. A. di D. Crim. t. XIV, trad. Scr. Germ. Liv. 1846, 1. 3).

tà (1); e nello stesso senso han risoluta tale quistione alcune legislazioni moderne (2). Ma il lucido intervallo è fugace momento. La sua brevità mostra a chiare note il perdurare dell' abituale infermità della mente; sicchè le sue apparizioni sono intermittenze di uno stato malsano, ma non cessazione di questo, non un pieno ripristinarsi della intelligenza in tutta la sua forza ed efficacia. Oltre a ciò negli intervalli più puri resta sempre un' alterazione di quell' armonia delle forze dello spirito che è necessaria a costituire l' unità della vita razionale; onde bene avvertiva il Friedreich che il lucido intervallo è quel momento della demenza nel quale rimangono ascosi i fenomeni dell' alienazione mentale tuttora perseverante. E pertanto non può ravvisarsi in esso una eccezione al principio della incolpabilità del demente.

§ 5. Uno stato di demenza permanente, che non proviene da infermità dello spirito, ma si porge sotto una forma simile a quella dell'*imbecillità*, è la mente insterilita per mancanza di qualsiasi coltura, cioè lo stato che dicesi *idiotismo*. L' intelligenza è chiamata a svolgersi come ogni forza organica; ma perchè la vita di ogni essere particolare rannodasi alle leggi generali della vita, ed abbisogna del soccorso delle altre vite per il proprio incremento, l' intelligenza individuale non può altramente svolgersi che nel commercio con le altre intelligenze; onde ciascun uomo riceve l' alimento del suo pensiero dal pensiero della società umana, e l' educazione è mezzo indispensabile allo incremento intellettivo dello individuo, sicchè il difetto di coltura educativa trae seco lo isterilirsi della forza ingenita che rimane come alcun che di infecondo. Vero è che il *compiuto idiotismo* è raro ad avverarsi, perchè presuppone un uomo per tutta la sua vita abbandonato a sè solo. Come la luce ed il calore si diffondono di cosa in cosa, il sapere come opera del pensiero non può non comunicarsi da un uomo ad altro uomo, mercè la convivenza sociale e la parola. Ma dove si avveri la certezza di fatto di un compiuto idiotismo, ne segue, per la mancanza as-

(1) L. 14, D. De off. praesid.

(2) Così pure è statuito nel Codice del Brasile, e nel Regolamento gregoriano.

soluta di qualsiasi cognizione, quella ignoranza di fatto e di diritto che cancella ogni sindacabilità possibile d'innanti alla giustizia penale. E questa è quella *imprudentia*, derivante, secondo il Diritto Romano, dalla *rusticitas* (1).

§ 6. Una specie sottordinata poi dell'idiotismo è la condizione dei *sordi-muti* (2). Una condizione siffatta impedisce la parola, che non pure è veicolo indispensabile alla propagazione de' pensieri e delle cognizioni, ma è condizione essenziale della interna riflessione come eloquio dello spirito con sè stesso. Onde nei sordi muti si ha come accertata la condizione dell' idiotismo. Se non che, atteso i metodi escogitati dalla civiltà moderna per la educazione dei medesimi, egli è facile ad avverarsi che un sordo muto sia nel grado di aver cognizioni, e però di operare come essere sindacabile, benchè l'imperfezione fisica inceppi sempre lo svolgimento morale. Ma perchè suole parimente avvenire che il sordo-muto rimanga senza coltura in mezzo alla coesistenza sociale, bisogna fermare come presunzione il principio della incolpabilità del sordo-muto, salvo la pruova in contrario. Cosicchè nelle esigenze della pratica principio direttivo può tenersi quello della dubbia reità, non altrimenti che avviene per quell'età che è media tra l'infanzia e la giovinezza; ed egli è d' uopo di un' apposita quistione individuale per discernere se l'azione è stata eseguita con discernimento; ma ciò vuolsi ritenere fino a quando la educazione dei sordi-muti non divenga un istituto sociale universalmente accolto ed organato, in guisa che non si presenti facile il caso di un uomo nato sordo-muto e rimasto senza coltura.—Noi troviamo solo poche indicazioni sul come erano essi considerati nel Diritto Romano (3). Ma le legislazioni posteriori sonosi occupate della loro

(1) *Imprudentiae succurritur* L. 108 D. de reg. jur.

(2) Boehmeri: De delictis a surdis et mutis commissis (in Obss. ad Carpzov.).— Gasser: De inquisitionis contra surdum et mutum natura. Hal. 1729.—Hertius: Mutus et surdus crimini respondens (Opusc. T. II, p. 389).—Vive: Diss. sur les délits des sourds et muets (1803).—Guyot: Dissertatio de jure surdo-mutorum. Groning. 1834.

(3) Essi eran posti *inter imbecillos*, eran considerati come privi di giudicio. L. 12, § 2, D. de judic.—L. 2, § 8, D. de Scons. Silan.

condizione. La consuetudine anglonormanna esimeva il sordomuto dalla pena (1). Il Codice svedese escusò i sordi-muti non capaci di esaminare la reità dell'azione. E fra i Codici moderni parecchi Codici alemanni, come il bavaro, il sassone, i Codici di Braunschweig, di Annover, dell'Asia, escludono i sordi-muti che non ebbero coltura.—Fra i codici italiani il napoletano ed il Regolamento gregoriano nulla dissero dei sordi-muti, dove per l'opposto il Codice parmense, il Codice albertino, il Codice toscano e l'estense parificarono il sordo-muto all'adolescente, per il quale la dubbia imputabilità richiede la condizione del discernimento; e in ogni caso lo soggettarono a pena minore della ordinaria, con un divario di diminuzione dipendente dall'essere o non educato. Il Codice italiano del 1859 riprodusse per intero le disposizioni del Codice albertino; nè in ciò soggiacque a mutamento tra noi. In esso, l'art. 92 statuisce che il sordo-muto dalla natività o dall'infanzia, di qualunque età, se ha operato con discernimento, sarà punito come il minore degli anni quattordici, e se ha compiuto gli anni ventuno potrà esser punito con le pene inflitte ai maggiori degli anni quattordici e minori dei diciotto secondo le circostanze aggravanti del reato e la malizia del delinquente, e che la correzione dovuta allo adolescente che operò senza discernimento, giusta l'art. 88, è pure applicabile al sordo-muto. E l'art. 93 soggiugne che il sordo muto che sa leggere e scrivere, se al tempo del commesso reato non ha compiuto gli anni diciotto; è punito come il minore degli anni quattordici; se ha compiuto gli anni diciotto; è punito come il minore degli anni diciotto, e se ha compiuto gli anni ventuno è punito come colui che non ha raggiunto per anche gli anni ventuno compiuti.

§ 7. Una forma di demenza transitoria è quella che si appalesa in taluni fenomeni anormali del sonno (2). Certo si è che il sonno è un fenomeno normale della nostra vita, la quale,

(1) Houard: Paris 1766, t. I, p. 92.

(2) Friese: De delictis dormientium. Ten. 1701.—Boetner: An et quatenus somnia hominibus imputantur. Lips. 1703.—Dietrich: An ea quae hominibus somno et somnio accidunt iisdem possint imputari. Viteb. 1726. — Alberti: De imputativitate somnii. Gott. 1745. — Fricke: D. de noctambulis. Hal. 1775.

se nella veglia porge il *predominio dell' attività sulla recettività*, dee ritemprarsi nel sonno mercè la *preponderanza della recettività sulla attività*. Onde nel sonno si avvera che l' uomo soggiace all'efficacia della forza della Natura, e, più passivo che non è attivo, perde ciò che è fondamento del predominio della attività, cioè l' unità della coscienza e la coscienza della sua unità; e i desideri e i fantasmi si confondono con le intellezioni, ed il pensiero della realità, che come universale sta sempre d'innanti allo spirito, vien composto con gli schemi della immaginativa e genera il sogno. In tutto questo stato manca ogni maniera d'imputabilità, e l'uomo può dirsi privo di mente; ma questa sua demenza non si porge per se stessa come obbietto di disamina nella teorica del dolo, perocchè nel periodo normale del sonno non solo l'uomo perde la signoria di sè stesso nel mondo dello spirito, ma perde altresì la forza del produrre fenomeni nel mondo della realità esteriore; e non può divenire nemmeno cagione fisica di un fatto contraddittorio al Diritto (1).

Quello che nello stato di sonno dà luogo a disamina è l'anormalità di taluni fenomeni che danno al dormiente l'apparenza dell' uomo che veglia; e perchè la parola e l'azione son le due forme onde gli esseri come noi si appalesano attivi, si avvera nel momento del sonno qualchevolta, sia per vizio radicale, sia per accidentale infermità corporea, o il *sonniloquio* o il *sonnambulismo*. E come la parola può dirsi una specie di fatto umano contrario al Diritto, anco per sè medesima avvisata, noi stringiamo in un sol punto di vista i due casi del *sonniloquio* o del *sonnambulismo*. Ora i sintomi del sonno anormale sono simili a quelli della veglia, ma non escono dai confini dello stato di sonno; perocchè la vita corporea è sempre legata alla vita della Natura, in guisa da conservarsi quella mancanza di unità della coscienza o di coscienza della propria unità, nelle quali si concreta lo stato di veglia. Manca la coscienza morale dei propri atti; la cognizione è stretta nei con-

(1) *Si furiosus vel* DORMIENS *hominem mutilet vel occidat nullam ex hoc irregularitatem incurrit.* Clem. un. de homic. III, 4.

fini del senso, e l'uomo sonniloquo o sonnàmbulo non ha la signoria di sè medesimo e delle sue forze morali. E però questo stato è esente da imputabilità, quali che sieno gli atti commessi durante il suo impero. Nè si dica che gli atti del sonnambulo o sònniloquo sono l'eco dei pensieri della veglia; chè oltre all'essere questa congliettura smentità bene spesso dai fatti, non bisogna vedere se l'uomo nella veglia abbia pensato o voluto un atto, perocchè del pensiero o del puro proponimento non può tener conto la giustizia punitrice; ma trattasi di sapere se nel sonniloquio o nel sonnambulismo si possa commettere un atto con coscienza di ciò che si opera; e lo stato di sonnambulismo o sonniloquio non costituendo punto un'interruzione del sonno, quale che possa essere l'apparenza di veglia contenuta nei suoi movimenti, si ha sempre l'incolpabilità degli atti che si avverino in queste condizioni anormali del sonno, come di atti sotto l'imperio di una transitoria demenza. Carlo Magno esentò da pena il sonnambulo (1); e i pratici esclusero dal dolo lo stato di sonnambulismo (2). E sebbene i Codici moderni non ne facciano speciale menzione, il sonnambulismo rientra nella regola generale dello stato di privazione di mente.

§ 8. Finalmente porgesi uno stato simile a quello della manìa per la privazione o alterazione della mente, benchè transitorio, cioè l'*ubbriachezza* (3). La quale è stata variamente avvisata ed ha dato luogo a dubbi, sì perchè spesse fiate mette radice nella volontà dell'uomo che si pone da sè nella condizione di ubbriaco, sì perchè non sempre è tale da offuscare il lume della intelligenza, ma presenta varie forme dal semplice brio sino alla com-

(1) Capit. *Si furiosus.*

(2) CLARI: Seulent. Lib. V, qu. 60, n. 13.—FARINACII: qu. 98, n. 70.

(3) BACHMANN: De poena et jure ebriorum. Jen. 1673-1737. — BODINUS: De jure circa ebrietatem. Hal. 1691-1726.—BERGER: De excusatione ebriorum. Vitteb. 1869.—STEIN: De ebrio delinquente. Rost. 1710.—GERDESIUS: De ebrio delinquente. Griphisv. 1732. — LEVER: Diss. de ebreo delinquente. Lugd. Bat. 1790.—DUFOUR: Sur l'ivresse. Paris *Themis* 6. I.—MITTERMAIER: Della influenza dell'ubbriachezza nella imputazione e nella punizione. (ted.) N. A. di D. Cr. trad. Ser. Germ. Liv. 1846, t. I. — BRILLAUD-LAUJARDIÈRE: De l'ivresse. Paris 1866.

piuta perdita della coscienza del proprio operare, sì perchè facile è il simularla come mezzo di sfuggire alle conseguenze giuridiche del proprio reato, sì perchè parrebbe che il legislatore incoraggiasse all'intemperanza del vino, scrivendo nei suoi Codici che lo stato di ubbriachezza è cagione di esclusione o di attenuazione di dolo.

Egli è certo che colui il quale è eccitato dal vino perde quella calma che è condizione della riflessione, e in balìa dell'impeto poco o nulla valuta le conseguenze del proprio operare, e le attenenze del medesimo co' dettati della legge. Ma egli è pure indubitato che l'ebbrezza ha delle gradazioni; perocchè le bevande spiritose non operano su tutti egualmente, nè operano sempre con la medesima forza. Il primo stadio si avvera quando la sostanza alcoolica accresce solo le forze vitali, esalta l'attività dei nervi ma non piglia il predominio sull'attività organica dell'uomo; questo stato di *ilarità* non toglie la lucidezza della mente. V'ha un secondo stadio in cui la forza della bevanda nello accrescere l'attività fisica menoma l'efficacia dell'attività spirituale dell'uomo; la fantasia prende il disopra, e l'operare assume una forma aliena dall'abituale forma dello stato di sobrietà; in questa condizione la mente non è al tutto cancellata, ma la coscienza è perturbata dalle alterazioni nervose. V'ha poi lo stadio dell'ubbriachezza compiuta nel quale la mente è interamente stupefatta dalla forza della sostanza alcoolica, e lo spirito non è più padrone dei movimenti del corpo, perchè vi ha un'altra forza che muove le membra per la pressione che il sangue fa sul cerebro; in questo l'uomo diventa simile al maniaco nello stato di furore. Infine oltre questi gradi di ubbriachezza, v'ha lo stato di letargia, quando al sovreccitamento nervoso succede il compiuto abbattimento, e l'uomo sepolto nel sonno, come *corpo morto*, cade. Ora il primo di questi stadii porge nell'uomo l'attività fisica e l'attività morale senza alterazione veruna, e con esse la piena imputabilità delle proprie azioni. L'ultimo di questi stadii sfugge alla disamina della imputabilità; perocchè l'uomo non è nemmeno causalità fisica di alcun movimento. Rimangono i due stadii intermedii della *coscienza perturbata* e della *mente stupefatta*. Quest'ultimo può dirsi lo stato

compiuto di ubbriachezza che ingenera privazione di mente ed esclude il dolo; l'altro può dirsi ubbriachezza incompiuta, che ingenera un'alterazione perturbatrice dell'intelletto, ma non il suo compiuto mancamento, e viene semplicemente ad attenuare l'intensità del dolo.

Credono taluni doversi soggettare a pena i reati commessi per ebbrezza anche compiuta, quando sia volontaria, e segnatamente se è vizio abituale l' ubbriacarsi. Ma, riconosciutosi una volta che la compiuta ubbriachezza, allorchè certamente esisteva al momento dell'azione, trae seco che questa non ha più l'uomo come cagione morale, bensì l'uomo come pura cagione materiale, le cagioni o le condizioni estrinseche di questo stato non possono valere a togliergli l' indole fondamentale di una *transitoria demenza*,

Quando bene l'ebbrezza avvenga per volontà o costituisca un vizio abituale, si può punire l'ebbrezza per sè stessa come un fatto illegittimo, o al massimo come un fatto volontario, dal quale sia derivata una conseguenza funesta contraria al Diritto; e quindi la si può punire come un reato di suo genere, ovvero si può punire come *colposo* quell'atto che fu commesso durante il suo imperio. Ma, l'imputazione sendo il giudicio con cui si riconosce un atto come voluto nel momento dell'azione, imputare alla volontà quelle cose che accaddero, quando la volontà non era rischiarata dall'intelligenza, sarebbe opera impossibile atteso la contraddizione nei termini. Nè crediamo poi che quando l'ebbrezza è compiuta debba tenersi conto della stessa premeditazione di ubbriacarsi per attuare un dato disegno criminoso (senza voler qui parlare di quella ebbrezza che è apparente e simulata come mezzo a procacciarsi l'impunità del delitto commesso). Nè sembri soverchiamente ardito questo nostro assunto. Imperciocchè, quando l'ebbrezza è compiuta, si ha la certezza che colui che ha operato non avea la coscienza di ciò che operava; sicchè la premeditazione sparisce da questa individualità con l'offuscarsi dello intelletto e della coscienza. La premeditazione di un malefizio l'aggrava, in quanto lo si esegue con la coscienza di aver premeditato, e persistendo nel disegno già formato. Ora l'ubbriaco non persiste nella coscienza del disegno; chè altrimente non

vi è compiuta ubbriachezza, perchè egli conserva la signoria di sè medesimo. Egli forse nel momento dell' azione, se fosse stato nel pieno possesso delle forze mentali, si sarebbe astenuto dall'attuare quel disegno che avea premeditato. Con ciò noi non crediamo doversi ritenere impune chi volendo commettere un dato maleficio si ubbriaca per consumarlo più arditamente, e procacciarsi un mezzo d' impunità; perocchè colui che ha tanto fermato nel suo animo si accende certamente col vino, ma attende pure a non perdere interamente la signoria di sè medesimo, chè altrimenti correrebbe rischio di non sapere e non potere eseguire ciò che vuole; e però non si pone mai in quello stato di *compiuta ubbriachezza*, nella quale sola noi riponiamo la privazione momentanea della mente, la *demenza transitoria*.

Dalle quali considerazioni si desumono i seguenti pronunciati sulla ubbriachezza:

1) Quando l' ubbriachezza è compiuta, sarebbe ingiustizia il punire l' essere operante come cagione *sciente* e *volente* di fatti che non ha potuto estimare nè eleggere con cognizione di causa.

2) Nello stato di ubbriachezza compiuta non si può fare eccezione alla mancanza del dolo per la volontarietà o abitualità della ubbriachezza; ma l'ubbriacarsi volontario e l'abituale possono considerarsi come fatti punibili per sè stessi, essendo occasioni a funeste contingenze; ed ogni evento avverato sotto l'impero di una compiuta ubbriachezza può punirsi tutto al più come *colposo*, quando l'ebbrezza è stata volontaria, o l'effetto di un vizio abituale.

3) L'ubbriachezza incompiuta può attenuare l'intensità del maleficio per mancanza di riflessione, ma non cancellare il dolo; e se è premeditata, non potrebbe dar luogo a mitigazione di pena, sì perchè niuno può trarre vantaggio dal proprio fatto illecito, sì perchè è stata adoperata come mezzo ad attuare un disegno criminoso.

§ 9. Il Diritto Romano considerò l'ubbriachezza come una specie di quell'*impetus* che esso pose intermedio tra il *dolo* ed il *caso* (1),

(1) *Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu. Proposito delinquunt latrones qui factionem habent. Impetu cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur.* L. 11, pr. D. de poenis.

e nei casi preveduti ne fece una cagione di pena più mite (1), Il Diritto Canonico enunciò più chiara la concezione che lo stato di ubbriachezza toglie la coscienza della reità degli atti, e se v'ha colpa in colui che volontariamente si pone nella condizione di ubbriaco, bisogna punire il fatto dell'ubbriacarsi non quello che è avvenuto nello stato di ebrietà (2). Questo concetto del Diritto Canonico fu accolto dai pratici italiani ad eccezione di Bartolo (3), e Baldo (4); l'ubbriachezza fu ritenuta come cagione di esclusione del dolo; e solo distinguendosi l'ubbriachezza volontaria dall'involontaria, l'abituale dall'accidentale, si ritenne che tutto al più sia da punire l'*ebrietas* ma non i fatti per essa compiuti. Così ebbe vigore la dottrina: *Ebrius punitur non propter delictum sed propter ebrietatem* (5). E solo allora non poteasi invocare ad escusazione lo stato di ebrietà, quando questa fosse *procurata et affectata, ut ebrius delinqueret et delinquendo se cum ea excusaret* (6). Questa dottrina fu pure accolta dai pratici delle altre nazioni (7); e dominò nel mondo giuridico, malgrado gli sforzi di alcuni legislatori (8). Solo in Inghil-

(1) L. 6, § 7 D. de re milit. — l. 12, pr. D. de cust. reor. — Cfr. l. un. C. si quis imper. maledix.

(2) Quae sobrii cavemus, per ebrietatem IGNORANTES committimus—NESCIUNT QUID LOQUANTUR *qui nimio vino indulgent;* JACENT SEPULTI; *ideoque si qua per vinum deliquerint, apud sapientes iudices venia quidem facta donantur, sed levitatis damnantur auctores.* Cau. 7, Caus. XV, qu. 1.— *Inebriaverunt Loth filiae ejus et se* NESCIENTI *miscuerunt. Qua propter culpandus est quidem;* NON TAMEN QUANTUM ILLE INCESTUS, SED QUANTUM ILLA MERETUR EBRIETAS. C. 9 ibid.

(3) Bartol. in l. 38, D. ad l. Iul. de adult.

(4) Baldo in l. 11, C. de his qui acc.

(5) ARETIN. De malef. v. scienter et dolose n. 17, p. 107. — VITALIN: De delict. quid sit accus. n. 49, p. 440. — DECIAN. Trat. Crim. II — 5, V. 37, n. 53.— MASCARD: Concl. probat. 94, lib. VI. — MENOCH. De arb. judic. quaestion. II, n. 327. — CLARI: Prax. Crim. qu. 60, n. 11. — FARINAC. qu. 93, n. 4.

(6) FARINACII: qu. 93, n. 11.

(7) CARPZOV. Pract. Crim. p. I, 45, qu. n. 57.—BOEHMERI: ad Carpzov. qu. 146, obs. 1. — Medd. ad C. C. C. art. 179, § 9. — ASSO Y MANUEL: Inst. del Derecho de Castilla II, p. 171. — MELLO FREYRE: Inst. jur. crim. Insit. p. 4.—DAMHOUDERII: Prax. rer. crim. c. 84.—CREMANI: De jur. crim. I, p. 40.—GOMEZ: Resol. variar. III, c. 1, n. 75.

(8) Carlo V, pubblicò un'ordinanza nei Paesi Bassi che puniva acremente i

terra ed in Iscozia la ubbriachezza fu avvisata con certo rigore, come *affectata dementia;* e nel caso che fosse volontaria, fu considerata come circostanza aggravatrice del delitto (1).

§ 10. Fra le legislazioni moderne il Codice francese non parla specialmente dell' ubbriachezza. Da ciò in prima si trasse argomento a ritenere che l' ebbrezza non iscagionasse nè scusasse punto i delitti che per essa si avverano. Ma poscia si riconobbe meritamente che la locuzione *stato di demenza* abbraccia tutti i possibili casi di negazione della mente, e tra questi lo stato dell'ubbriachezza compiuta. Altri Codici trattarono della ubbriachezza come di un caso *sui generis*, e fermarono regole speciali intorno ad essa. Così i Codici della Svizzera e della Germania, escludendo il caso dell'ubbriachezza contratta a fine di delinquere, ritennero che la compiuta esime dal dolo, e che al massimo si può punire il fatto dell' ubbriachezza volontaria e soprattutto della abituale, senza tenere come reati le azioni commesse nel tempo della piena ubbriachezza (2). Il Diritto Americano rannodandosi al *common-law* dell' Inghilterra fermò che, salvo il caso dell'ubbriachezza accidentale ed involontaria, non è scusa dei delitti l'esser commessi da colui che si è ubbriacato, ma solo debbesi risolvere se vi fu alterazione di mente, per valutare quale sia stato il proponimento del delinquente, epperò quale specie di reato avesse egli commesso, se omicidio con volontà di uccidere, per cagion di esempio, o ferizione

delitti degli ebbrii. Lo stesso fece Francesco I in Francia con l' ordinanza del 1536. Lo stesso avvenne in Annover nel 1736 e in Baviera nel 1756; ma la pratica contraria prevalse costantemente. — DAMHOUDERII: L. c. p. 322. — TIRAQUELLI: De poen. temp. c. 6.

(1) BLACKSTONE: I, 22. — STEPHEN: Sommario etc. c. 2. — HUME: Comm. sul diritto penale scozzese (ingl.) I, p. 44.

(2) Oltre i Codici dell'Austria, del Wurtemberg, di Baden, di Darmstadt, di Sassonia, di Brunswig, di Annover, dell'Assia, l'ultimo Codice penale tedesco, quello della Baviera del 1861, statuisce nettamente nell'art. 67 fra le cagioni di esclusione del dolo la ubbriachezza nel suo grado supremo, senza far riserve sulle cagioni della medesima; e prevede poi virtualmente anco il caso della *ebbrezza incompiuta*, parlando nell' art. 68 della quasi demenza, per cui se non è tolta, è scemata o la coscienza della punibilità dei proprii atti, o la libertà dell'elezione. V. pure TEMME: Diritto penale elvetico, § 43.

da cui sia derivata la morte, se omicidio per impeto istantaneo, od omicidio premeditato (1). Così pure il Codice del Brasile per iscagionare l'ubbriaco richiede che egli non abbia premeditato il maleficio, nè procurato a se l'ebbrezza per animarsi al medesimo, nè abbia l'abitudine di delinquere nell'ubbriachezza.

§ 11. Questo divario si verifica pure nella legislazione italiana. Il Codice napoletano del 1819, il Codice sardo Albertino, il Codice parmense, ed il toscano non aveano parlato della ubbriachezza; ed è a notare che se pel Codice napoletano e toscano ciò non importava esclusione dell'ubbriachezza compiuta dal novero delle cagioni annullatrici del dolo, atteso la formola generale della demenza, non potea dirsi lo stesso per gli altri Codici, che specificarono le cagioni di privazione di mente che toglie ogni dolo. Solo il Regolamento Romano e il Codice estense se ne occuparono, in proposito dei reati di sangue, considerando come attenuato l'omicidio nella ubbriachezza accidentale, e come aggravato l'omicidio commesso o per ubbriachezza abituale o per ubbriachezza procurata a fine di commetterlo (2). A queste ultime antecedenze si rannodò il Codice del 1859; onde nell'art. 95, che contempla la quasi demenza, pose un comma speciale per l'ubbriachezza: « Allorchè il reato è commesso nello stato di *piena ubbriachezza*, contratta senza deliberato proposito da colui che non è solito ubbriacarsi, i giudici applicheranno al colpevole la pena del carcere estensibile secondo le circostanze dei casi anche ad anni dieci ». La più benigna interpetrazione che si può desumere da questo articolo (considerando per bene il valore delle parole *contratta senza deliberato proposito*) si è questo; 1) che la *ubbriachezza compiuta ed involontaria* esclude dal dolo e da qualsiasi responsabilità penale; 2) che l'*ubbriachezza piena*, quando sia procacciata con animo deliberato a commettere il reato, o si avveri per abitudine ad ubbriacarsi, non ingenera niuna esclusione o diminuzione di responsabilità penale pei reati che avvengono durante il suo

(1) Wharton: l. I, § 37 e seg.

(2) È notevole l'art. 374 del C. estense: *L'omicidio commesso nello stato di vera ed assoluta ubbriachezza da chi non è solito ubbriacarsi* sarà punito col carcere da uno a tre anni.

imperio; 3) che l'*ubbriachezza piena* quando è volontaria ed accidentale è una condizione di semplice attenuazione del reato, per cui una pena più mite per qualità e quantità sottentra alle pene ordinarie di qualsiasi reato, come avviene per la quasi demenza. Ma questa determinazione del Codice del 1859 parve alla Commissione napoletana inutile dall'un canto; perocchè, in cambio di specificarsi i casi della privazione di intelligenza, si era posta la formola generalissima della privazione di mente; e d'altro canto le parve che non appagasse i voti della scienza, sì per la compiuta negazione di qualsiasi beneficio all'ubbriachezza incompiuta (che se non elimina interamente il dolo può pure notabilmente menomarlo), e sì per aver troppo severamente punita l'*ubbriachezza compiuta*, che fosse l'effetto della volontà semplice di ubbriacarsi. Così il decreto del 17 febbraio 1861 modificò l'art. 95, togliendone il comma relativo all'ubbriachezza; e nell'art. 94, parlando della privazione di mente, specificò che essa esclude il reato, o che sia permanente o che sia transitoria, e quale che sia la cagione ond'essa deriva; il che mostra per chiaro modo come l'ubbriachezza compiuta costituisca uno dei casi della privazione della mente; e laddove sia rimasta in un grado inferiore, di semplice offuscamento, costituisca non privazione assoluta, ma uno dei casi del vizio di mente preveduto dall'art. 95 modificato. Cosicchè, quando la ubbriachezza è compiuta, non è da investigarne le cagioni; quale che ne sia la cagione, l'effetto è che nel momento dell'azione non vi fu reato. E quando poi l'ubbriachezza è incompiuta, il giudice, nella immensa estensione che gli viene dal genere di pena che la legge ha segnato, può tener conto della maggiore o minore imprudenza.

§ 12. Non daremo fine a questa trattazione senza accennare che fra le cause di privazione di mente, o di mente scema, non sono da allegare nè la vecchiezza, nè il sesso muliebre, nè l'impeto degli affetti. L'infievolimento fisico dell'età senile non può giungere a distruggere i risultamenti delle diuturne esperienze della vita; talvolta, egli è vero, può avverarsi una condizione di stanchezza intellettuale che giunge sino all'imbecillità; ma bisogna provare questo stato speciale per escludere o attenua-

re l'intensità del dolo. Egli è da notare ancora che l'impeto degli affetti può togliere la riflessione ma non l'operare come una volontà determinata dall'intelletto, per quanto sia rapido l'intervallo che corre tra il primo pensiero del reato e la sua materiale esecuzione. *Ira furor brevis*, disse Seneca. Ma questa è locuzione retorica per esprimere la forza dell'ira, non adequata diffinizione dello stato psicologico dell'uomo adirato. E se per le passioni si aprisse l'adito a ritenere l'intelligenza impedita, bisognerebbe lasciare impuniti o escusare tutti i reati più atroci. Le perturbazioni affettive dell'animo *non excusant in totum, sed tantum faciunt ut delinquens mitius puniatur*, e la legislazione vigente se ne occupa in proposito di certi reati, come cagione di mitigazione della intensità del reato, e, per conseguenza, dell'intensità della pena.

§ 13. Il sesso femminile in ultimo non può considerarsi come cagione di inesistenza del dolo. E certo in niuna legislazione fu statuito, nè da scrittore alcuno venne insegnato che la donna si avesse a reputare esente da dolo. Lasciando stare certe mitigazioni nel genere di pena, fondate nella *infirmitas corporea*, per unanime consentimento della coscienza giuridica *la donna è tenuta imputabile come l'uomo*. Solamente nel Diritto Romano il sesso femminile vieneannoverato sotto la categoria della presunta *ignorantia juris*, quando trattasi non di *delicta juris gentium*, ma di *delicta juris civilis*. Così per certi reati come l'*incestus jure civili*, il falso testamento, e in generale il *crimen falsi* la donna era coperta dalla presuzione dell'ignoranza del Diritto (1). Ma nel Diritto penale moderno, ove i *delicta juris gentium* e i *delicta juris civilis* raramente si distinguono tra loro, questo concetto romano non potrebbe avere importanza, salvo qualche raro caso di provata ignoranza della legge positiva, che la scienza non può non riconoscere come cagione di esclusione del dolo. E, come dice il Carrara, l'intelligenza della donna è lucida ed ordinata quanto basta per tenerla capace di comprendere il debito che le corre, sì dinanzi alla legge civile, e sì dinanzi alla legge religiosa e morale (Programma P. I, § 234).

(1) L. 9 pr. D. de jur. et facti ignor. — l. 38 § 4 D. ad L. Jul. de adult. — l. 1, § 20 D. ad Sc. Turpill.

La sola quistione che sorge per rispetto alle donne non è relativa alla esclusione del dolo ma alla sua minorazione. La donna è capace di dolo come l'uomo, ma non sempre quanto l'uomo; imperocchè in essa ordinariamente predomina la *recettività* sull'*attività*, il *pathos* sull'*ethos*. — Nello stesso Diritto Romano noi troviamo che il sesso è considerato come cagione di attenuazione della pena per la diminuita intensità criminosa del delitto delle donne. E di fatto egli era statuito che s'avesse a tener conto del *sesso* nella gradazione della pena. Così per il sacrilegio, e pel delitto di maestà erano risparmiate le figliuole dei rei adducendosi come ragione: *quas pro infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus* (1). Così l'incesto era escusato nella donna a cagione del sesso (2). E minor pena era posta per la donna quando commettesse reato di adulterio (3). Medesimamente nel Diritto Canonico si tien conto del sesso muliebre come cagione minoratrice della pena (4). E i Pratici, fondandosi sul Diritto Romano e sul Diritto Canonico, ritennero essere la donna meno imputabile dell'uomo, perchè più deboli ravvisarono in essa, come le forze del corpo, anche quelle dello spirito (5). Le moderne legislazioni non tennero conto del sesso muliebre nello enumerare le cagioni minoratrici del dolo. E quasi tutti gli scrittori sono concordi nel respingere l'opinione che il sesso femminile sia cagione di dolo minore. Se non che il Carmignani, fra gli italiani, riprodusse la dottrina antica (6); e fra i tedeschi lo Spangenberg andò molt'oltre nella medesima via, sostenendo che l'organizzazione fisica, l'educazione, i costumi, le usanze concorrono a dare allo sviluppo della donna minor forza e profondità dello sviluppo virile, che più debole è in esse la forza

(1) L. 6 D. ad L. Jul. peculatus.

(2) L. 38 § 7, D. ad L. Jul. de ad.

(3) Nov. CXXXIV, c. 9.

(4) C. 6, X. de homic. *Quod in excessibus singulorum non solum qualitas et quantitas delicti, sed aetas, scientia,* SEXUS, *atque conditio delinquentium sint attendenda.*

(5) TIRAQUELL. De poen. temper. Caus. IX. — FARINAC. qu. 98, c. 10. — MATTHAEU et SANZ: De re crim. controv. 291, n. 71. — BEYER: Electa Juris crim. suppl. part. II, obs. 3.

(6) Elementi di Diritto Crim. § 184.

del pensiero e della volontà per il predominio dell'immaginazione e del sentimento, che minore è pertanto nelle donne la coscienza della legge, come la libertà del volere; sicchè la via più sicura è il fermare la loro imputabilità minore (1). Le osservazioni dello Spangenberg hanno qualche parte di vero a sentir nostro, ma sarebbe esagerazione fissare come regola generale ed assoluta una minorazione del dolo nella donna. Epperò bisognerebbe lasciare al prudente arbitrio del giudice, nella estensione della pena da infliggere, la potestà di tener conto della debolezza del sesso femminile; il che non escluderebbe di certo il sottoporre la donna alla stessa pena degli uomini, quando si verifichi il caso che il dolo femminile raggiunge il grado medesimo del dolo virile ordinario.

(1) Spangenberg: Del sesso femminile considerato relativamente al Diritto ed alla Legisl. crim. Diss. nel *Nuovo Archivio del Dir. Crim.* t. VI, (trad. ital. scritti Germanici tom. I, p. 162). — Anche il Prof. Pietro Ellero pubblicò pochi anni or sono una eccellente monografia sulla quistione del dolo nelle sue attenenze col sesso muliebre. — Ed il Bonneville, propugnò la dottrina dello Spangenberg in una Dissertazione cui è titolo: *Étude sur la moralité comparée de la femme et de l'homme*. Cotillon 1862.

CAPO V.

DELL'AZIONE UMANA COME MATERIA DELLA VIOLAZIONE DEL DIRITTO CONSIDERATA NEL LATO ESTERNO DELL'ESECUZIONE.

I.

Dell'operare criminoso avvisato dal lato della quantità ovvero della consumazione e del conato (1).

« Perchè le leggi non puniscono l'intenzione, non è però che un delitto che cominci con qualche azione che ne manifesti la volontà di conseguirlo non meriti una pena, benchè minore all'esecuzione medesima del delitto ».

BECCARIA, Del. e pen. § 37.

§ 1. I proponimenti opposti al Diritto per quanto possano essere un fatto immorale non sono vere violazioni del Diritto perchè questo è la legge morale nelle sue attenenze con l'attività dell'uomo, indipendentemente dalle attenenze della legge mo-

(1) BADER: De conatu punibili. Francof. 1646.—DILHERR: De conatu poenam secundum naturae et voluntaria jura incurrente. Alton. 1648.— CH. SCHLEGEL: Disput. de conatu. Jen. 1867.— G. A. HOYER: Diatribe de conatu. Giess. 1687.— A. G. TURCKE: De maleficiis coeptis. Helms. 1680. — A. N. SULTZNER: De impunitate conatus in delictis. Lips. 1688.— STOK: De conatu. Marb. 1693—I. H. POTH: Tractatus de poena conatus. Francof. 1689. — SLAVINSKY: De poena conatus. Regiom. 1710. — H. ALERS: De poena cogitationum ad l. 18 Dig. de poenis. Bremae 1714.—TENZEL: De poena criminis imperfecti. Frf. 1730.—VEREYCK: De cogitatione a poenis libera. Lugd. Batav. 1730). — I. CH. IAHN: Harmonia juris nat. et crim. in doctrina de imputatione crim. attentati. Lips. 1734. — BRUKNER: Dissertatio sistens crimen conatus. Jenae 1735.—HERTZOG: De crim. conatu. Jenae 1735. — J. THOMASIUS: Problema juris crim. an poena delicti perfecti ordinaria puniendus sit conatus proximus. Lips. 1735.—HOFFMANN: De initiis delictorum. Tubing. 1768.—HOVIUS: De poena conatus. Amsterd. 1774.— VAN BOMMEL: De cogitatione et conatu in poenalibus. Lugd. Bat. 1766. — HEIDEMANN: De conatu delinquendi. Halae 1799.—WITZEL: Esposiz. succinta della differenza fra i delitti preparati, cominciati e consumati e della pena applica-

rale con la volontà pura nell'intimo della coscienza; onde concorde pronunciato delle legislazioni e della scienza si è che la volizione del reato, il puro proponimento, non costituisce il reato stesso; ma è bisogno che apparisca un operare esteriore contro il Diritto. *Cogitationis poenam* (disse Ulpiano) *in foro nemo patitur* (1). L'attuazione del proponimento criminoso è una modificazione che viene arrecata alla realità esteriore dall'attività u-

bile a ciascuno di questi casi (ted.). Jena 1808. — F. Cropp: Commentatio de praeceptis juris romani circa puniendum conatum delinquendi. Heidelberg 1813, dissertazione coronata. — De Brunn Nurgard: Dissert. de conatu delicti ejusque poena. Gotting. 1817.— F. Lefeburr: De conatu delicti. Gand. 1820.— B. A. Wintgens: De conatu delinq. ejusque poena. Groning. 1822.—I. A. Philipse: De conatu delinquendi. Lugd. Batav. 1822. — F. Car. Faider: De lege 2 cod. poen., scil. de conatu delinq. Traject. 1823.—Jordan: De nonnullis controversiis ad doctrinam de conatu delinquendi spectantibus. Marb. 1826 — M. A. de Ketteluodt: De consummatione delictor. in genere. Gotting. 1826.—Brouwer: De conatu criminum ejusque puniendi ratione. Lugd. Batav. 1826. — Sanio: Observationes ad L. Cornel. de Sicariis. Regiom. 1827, p. 86-116. — S. Wybenga: De puniendo conatu delinq. secundum cod. poen. gallic. Groning. 1828.— Werkest: Dissert. de modo in punitione conatus delinq. servando. Gand. 1828. — A. C. E. Lelievre: Comm. juridica de conatu delinquendi. Lovanii 1828 in 4°, dissertazione coronata. — G. Hiddema Iongsma: De quaestione an delinquendi conatus poena sit afficiendus, si delinquens mutato consilio sponte a delicto abstineat? Groning. 1826.— Wander veen: De conatu delinq. e quo ipsum delictum prorsus enosci nequit. Groning. 1832.— Hepp: Del delitto consumato e del cominciato (ted.). Heidelb. 1827. — H. Luden: Del tentativo dei delitti (ted.). Gotting. 1836. — Nicolini: Del tentativo, Lezioni due. Napoli 1837.—Zachariae: La dottrina del tentativo dei delitti (ted.). Gotting. 1836-39 2 vol. 8°.—Dissertazioni sul conato, nel nuovo Archivio di Diritto criminale.— Mittermaier: t. I, p. 163; t. II, p. 602; t. IV, p. 1; t. X, p. 136.—Seckendorf: t. II, p. 348.—Weber: t. IV, p. 24. Dissertazioni, nell'Archivio di Diritto criminale, Nuova Serie.—Hepp: 1836 p. 31 e 330; 1837, p. 353.—H. A. Zachariae: 1838, p. 221, 344 e 532.—Von Zirkler: 1839 p. 276 e 434. — F. Chop: 1842 p. 519 (Alcune di queste dissertazioni son tradotte in italiano nella Raccolta di Scritti Germanici di Diritto criminale. Livorno 1846). Dissertazioni di Mittermaier: t. I, p. 223, 253, 265.—di Zachariae: t. II, p. 150.—di Hepp: t. III. p. 29.— Pizzoli: Dissertazione sul tentativo, nella Temi di Firenze 1858.—Krug: La dottrina del tentativo (dal *Rechtslexicon*) (ted.). Lips. 1854.— Otto: Del tentativo dei reati (ted.). Lips. 1854.—Carrara: Del conato e della complicità. Lucca 1860, 6ª ediz. Pisa 1870.—La Pegna: Studi sul tentativo. Napoli 1869.

(1) L. 18, *De poenis*.—Cfr. L. 53, D. de Verb. sign.— L. 16, § 8, D. de poenis.

mana; essa importa che qualche cosa *avvenga* come l'effetto della determinazione volitiva, essa importa un *eventus*, senza il quale la *cogitatio* non si obbiettiva come *actio*. Quando la forza del volere spinge l'attività organica nella direzione di uno scopo determinato che forma il contenuto di una volizione, ha luogo un fatto che dipende da noi, ed è lo adoperarci a tramutare in obbiettiva esistenza il volere subbiettivo. Quello adoperarci costituisce un *conato*. Ora, quando al conato, perchè una data nostra volizione si traduca in realtà di fatto, le forze esterne, che circondano la nostra forza organica, rispondono obbedienti, e quella volizione che diede l'impulso all'organismo trovasi tutta attuata, in guisa che il *voluto* diventa *avvenuto*, il nostro adoperarci a tale scopo raggiugne la sua *meta* nella vittoria che l'attività nostra riporta p'enamente sulle forze circostanti, il nostro conato è coronato da quell'evento esteriore che lo compie, l'azione è recata *ad summum*, è *summata;* perocchè la tensione della nostra forza ha raggiunto l'attuazione di quello che volemmo. E, se il contenuto della nostra volizione è stato una data violazione del Diritto, un dato maleficio, il compimento della volizione medesima piglia nome di *maleficium summatum*, o *consumazione di reato*. La pena in tal caso indubitatamente debbe tener tutta dietro al reato.

§ 2. Ma quando il conato non fu interamente coronato dalla vittoria sulle forze circostanti, quando l'avvenuto per opera dell'uomo non raggiunse la meta del voluto, rimane il puro *conatus delinquendi*. Esso si distingue dal puro proponimento, perchè aggiunge al volere un certo operare; ma si distingue pure dal reato consumato, come il cammino dalla meta. Esso è l'*iter criminis* quale lo diffinì un'antico giureconsulto italiano, Andrea Alciato (1). Ora, allorchè si avvera questo puro *conato* non seguito da effetto, vi ha egli il maleficio? E se vi ha maleficio ha egli l'intensità medesima del maleficio consumato?

Il Diritto si impone all'attività dell'uomo, e regolandone le

(1) *Aliud crimen, aliud conatus; hic in itinere, illud in meta est.* Comm. ad l. 53 D. de Verb. sign. Gandino distingue tre casi cioè: 1° *qui cogitat et agit et perficit* (consnmazione); 2° *qui cogitat nec agit nec perficit* (puro proponimento); 3° *qui cogitat et agit nec perficit* (ecco il conato).

azioni gli ingiunge il rispetto dei suoi dettati, gli ingiunge di non dirigere la sua forza contro i medesimi. Esso non vuole soltanto che la vita la libertà e la proprietà dell'uomo rimangano inviolate, ma che *nulla si operi nello scopo di violar quei diritti*. Gli esseri dotati di intelligenza ed arbitrio hanno il debito giuridico di astenersi da atti che tendono a negarli. Laonde, allorchè l'uomo dal campo interno della volontà passa a quello esterno dell'attività, ed apparisce la sua azione costituente il conato della sua forza per conculcare i dettati del Diritto, anche quando le forze circostanti non sieno state vinte dalla sua attività, sicchè questa è rimasta impedita, e l'*intento* non si è compiuto come *evento*, vi ha sempre una violazione dell'autorità del Diritto; perocchè, mentre questo ingiunge di non operare in una determinata direzione contraria ai suoi comandi, in quella direzione per appunto l'uomo ha adoperato le sue forze, raccogliendole sotto la signoria del suo volere per attuare ciò che la legge vietava. Se l'effetto non ha risposto al volere, se la vittoria sul mondo esteriore non è stata riportata, pure vi ha di già un fatto che è contrario al Diritto; la dissobbedienza è avvenuta, violandosi l'obbligazione giuridica di rispettare la vita, la proprietà, l'attività libera degli altri esseri giuridici.

Ma se il maleficio è reale anche nel conato impotente, la quantità della violazione del Diritto nel conato non può mai equipararsi alla quantità della violazione del Diritto nella piena consumazione. Imperocchè il Diritto è violato dal *conatus*, ma in una parte soltanto, cioè in quella della obbligazione, mentre rimane ancora sana ed incolume quella condizione di cose che il Diritto avea sotto la sua protezione; dove che nel reato consumato non pure la obbligazione è manomessa, ma la pretensione legittima che a quell'obbligazione corrisponde è interamente conculcata.

Da siffatte considerazioni emerge un pronunciato incontrastabile, ed è questo che *il conato di maleficio è pure maleficio, ma di intensità minore del maleficio consumato*. Cosicchè *il Diritto esige che esso sia punito, ma di guisa che non cada sovr'esso la pena intera che è statuita per la consumazione obbiettiva*.

§ 3. Questo teorema a poco a poco si è venuto incarnando nel progressivo andamento delle instituzioni penali. — Discordi furo-

no gl'interpetri nel determinare quale fosse il modo onde i Romani avvisarono il conato nelle loro leggi. Alcuni, come l'Alciato, tennero esser dottrina romana la punizione del solo reato consumato. Altri, come il Cuiacio, il Mattei ed il Gravina, affermarono esser principio del Diritto Romano la eguale punibilità della consumazione e del conato; ed altri finalmente come il Binkersoeckio, ed il Tiraquello, stimarono che il Diritto Romano limitasse eccezionalmente la pena del conato a taluni delitti determinati (1). Noi poniamo in mezzo una nostra maniera di vedere. Essa è che, malgrado la mancanza di una dottrina generale sul conato, nelle fonti romane, si possa, per le varie forme che appo esse assunse la giustizia punitrice, riconoscere le seguenti determinazioni: 1) Nei più gravi fra' *delitti pubblici*, come l'omicidio ed il crimenlese, in virtù del principio politico, o della intimidazione, ogni qual volta il proponimento criminoso fosse palesato, l'azione rivelatrice di un tal proponimento, per tenue che fosse nel suo contenuto, era agguagliata al proponimento attuato. *Eadem severitate voluntatem sceleris qua effectum jura puniri voluerunt* (2). — 2) A rispetto dei *delicta privata* per l'opposto l'evento compiuto era condizione essenziale per la responsabilità dell'agente. *Quid obfuit conatus cum injuria nullum habuerit effectum?* (3) — 3) La nozione del conato propriamente detto, secondo la sua giusta valutazione, como punibile, ma con pena minore del reato consumato, comincia ad appalesarsi al tempo degl'Imperatori; perocchè a rispetto di alcuni fra' *crimina extraodinaria*, fu fatta distinzione del *reato imperfetto* dal *perfetto;* e l'imperfetto fu punito con pena minore (4).

(1) Fra gli scrittori recenti questa discordanza si perpetua; perchè il Cropp e il Waechter tengono per l'opinione del Cuiacio; e a quella del Binkersoeckio si appigliano l'Heffter, l'Abegg, il Mittermaier, il Sanio, il Lelièvre, il Zachariae, ed il Nicolini.

(2) L. 5, pr. C. ad L. Iul. maj. — Cf. l. 1. D. ad L. Corn. de Sic. — l. 7 C. eod. — l. 1. D. ad L. Pomp. de Parric. — l. 3 § 1; l. 10 pr. D. ad L. Iul. de vi publ. — l. 1, C. Th. ad L. Iul. de amb. — Paul. V. 25, 30.

(3) L. 1 § 2 D. quod quisque — Cf. l. 21 § 7 D. de furtis — l. 11 § 3; l. 15.

(4) *Perfecto flagitio capite punitur; imperfecto in insulam deportatur* l. 1. D. de extraord. crim. — Cf. l. 19 pr. D. ad L. Corn. de falsis.

Nel Diritto Germanico antico non troviamo, rispetto al conato, un sistema preciso nè fermo; nondimeno il più delle volte il conato fu punito, ma con pena minore del reato consumato (1). Carlo Magno riprodusse il concetto romano per il caso dell'omicidio (2). Il Diritto Canonico poi, sebbene relativamente ai peccati che soggiaceano a penitenza ed espiazioni puramente ecclesiastiche considerasse come peccato la sola volontà (3), pure pe' malefizi propriamente detti riprodusse il principio dell'impunità per le mere intenzioni, ed enunciò come casi di conato punibile esempi nei quali è già un azione immediatamente diretta al delitto (4).

Nell'antico Diritto penale italiano, a cominciare dal tempo dei Glossatori (5), salvo i casi di atroci reati espressamente dalle leggi preveduti (assassinio e crimenlese), colui che *cogitat et agit nec perficit* (giusta la stupenda locuzione di Alberto Gandino) fu considerato come autore di puro conato, e per consuetudine generale non era punibile, o al massimo era punito con pena più mite e straordinaria (6). Fra noi la Costituzione *Asperitatem* mitigò la pena

(1) Ed. Rothar. c. I. ad. XI—Grag. II, p. 7. 12, 123—Lex Ripuar. LXXXIII. 2—L. Sal. XX, 1, 11—XXII, 1—XLIV, 2 3—Lex Burg. XXXVII—L. Sax. I, 8—L. Fris XXII, 83—L. Baiuvar. II, 1 a 3—III, 7—VII, 1 a 3—IX, 4—Lex Wisigot. VI, 2—Sunesen V, 24 inf.

(2) *Qui hominem voluntarie occidere voluerit et perpetrare non potuerit ut homicida punietur* (Capitul. lib. VII, c. 212—Walter II, p. 723).

(3) C. 23, 30 C. XXVIII, qu. 3, de poenitent.

(4) Clem. tit. de poenis, c. I.—C. 4, Extravag. de judaeis—C. 2, C. 36 qu. 2—C. 2, X de raptu.

(5) *Ad quorum contrariorum solutionem sic distingue: aut quis cogitavit tantum delinquere et ad actum non processit, et tunc non punitur nam primi motus non sunt in potestate nostra; aut ad actum processit, et tunc, aut perduxit ad effectum et indubitanter punitur sive utatur sive non; aut non perduxit; et tunc aut quia noluit et hoc casu ei parcitur; aut quia non potuit, et tunc aut erant atrociora et hoc casu punitur ac si ad effectum perduxisset, aut non erant atrociora et hoc casu non punitur* (Ad L. 5 C. de episc. et cleric.).

(6) Baldo riprodusse il contenuto della Glossa (*ad L. c. de episc. et cler.*). l'Alciato disse: *Ubi jure poena irrogatur oportet perfectum fuisse crimen.* Il Gandino disse: *De generali consuetudine Italiae numquam actus vel conatus punitur nisi sequatur effectus* (*De poenis reorum* n. 2, 199). E Giulio Claro: *De consuetudine generali lex Cornelia de sicariis et omnes aliae punientes*

del conato negli omicidii deliberati; solo pe' veneficii rimase la severità romana; la quale sotto i Vicerè fu estesa agli omicidii commessi con arma da fuoco, ed agli omicidii per mandato (1); ma fuori di questi casi la Regia camera di S. Chiara si tenne ferma alla dottrina italiana della minore punizione del conato (2). E finalmente Pietro Leopoldo di Toscana giunse persino a togliere l'eccezione dei reati di maestà alla regola generale della mitigazione di pena per il reato non consumato. E questa benigna tradizione dell'Italia si trasfuse per opera de' Giureconsulti nella Giurisprudenza degli altri Stati, come avvenne in Francia (3), in Germania (4), nei Paesi Bassi (5), in Ungheria (6), in Isvezia (7).

In virtù del principio d'intimidazione, il Codice francese del 1810 pose quella severa disposizione che equiparava la pena del tentativo a quella del reato consumato (art. 2). Ma questa fu momentanea interruzione. In Italia il Codice napoletano del 1819 ripigliò il filo dell'antica dottrina; che anzi specificò con precisione eminentemente razionale due specie di conato, ammettendo tra il conato in senso stretto cioè *corso interrotto del reato* (*iter criminis*) ed il *reato consumato* (*meta*) una specie

affectum sunt sublatae—Ego autem dico sic. Aut lex vel statutum in huiusmodi atrocissimis expresse punit solum conatum, et servata est; aut non punit expresse conatum, et standum est generali consuetudini, nisi sequatur effectus, (Sent. V, qu. 92). Il Farinacio poi esponendo il Diritto penale italiano del secolo XVI dice: *non eadem poena sed mitior et extraordinaria imponenda est, etiam quod fuerit deventum ad actum proximum, de mente omnium* (De homic. quaest. 124 n. 9)—Cf. Menoch: De arb. jud. quaest. II, 860—Aretin: V. Ex intervallo n. 15, p. 168—Vitalin: De insultu n. 15, p. 394.

(1) *Pragm. neapol.* Pragm. I, de assassinio.

(2) Nicolini: Lezioni due sul tentativo. Napoli 1837.

(3) Il Jousse (t. 2° p. 639) enuncia che secondo l'antica giurisprudenza francese il conato avea una mitigazione di pena; o Andrea Tiraquello bellamente disse: *quod delictum attentatum habeatur pro consumato non est secundum rerum naturam atque veritatem, sed est ex fictione* (De poenis temper. p. 153).

(4) La Carolina nell'art. 178 volle pena minore per il conato, ed il Carpzovio (P. I, qu. 17, n. 13, P. II, qu. 88) non che Boemero si attennero ai suoi dettati.

(5) Il Damhouderio insegnò: *In atrocissimis delictis punitur delictum attentatum etiam si non sit secutus effectus* (Prax. Crim.).

(6) Vuchetic: Instit. Iuris crim. hungarici p. 135.

(7) C. Svedese t. III, p. 197.

di conato che da taluni fu detta *conato perfetto*, da altri *consumazione subbiettiva del maleficio*, e a cui primo il Romagnosi diè nome di *maleficio mancato.* Nell' età nostra i Codici alemanni sonosi rannodati alla Carolina; e il Codice della Luigiana, gli Statuti di New-York, i Codici della Georgia, di Bolivia, e del Brasile, il Codice del Cantone di Vaud, e parecchi Codici svizzeri, il Codice spagnuolo, le leggi di Malta e quasi tutte le altre legislazioni contemporanee, quale più quale meno han consecrato i principii che trovansi svolti nel Codice napoletano del 1819. Questi principii furono accolti altresì in gran parte nei vari Codici d' Italia anteriori al 1859. E per la medesima via, non senza introdurvi un qualche miglioramento, si è messo il Codice vigente del Regno d' Italia, negli art. 96 a 100; al quale il Decreto del 17 febbraio 1861 aggiunse alcune modificazioni per le Province meridionali.

§ 4. Il Codice del 1859 cominciò dal porre una *nozione generale* del conato punibile, la quale mancava nel Codice napoletano anteriore (1). E di vero l' art. 96, riproducendo le parole del Codice Albertino e dello estense, dichiarò *essere punibile qualunque tentativo di crimine o di delitto che sia stato manifestato con un principio di esecuzione, se questa fu sospesa o mancò di produrre il suo effetto solo per conseguenze fortuite o indipendenti dalla volontà dell' autore.* Questa enunciazione per altro venne modificata dal Decreto del 17 febbraio 1861; imperocchè non parve enumerare compiutamente tutte le condizioni giuridiche della punibilità del conato. La nozione ad essa sostituita fu questa: « *È punibile il tentativo di crimine o delitto, quando la volontà di commetterlo è manifestata con atti di esecuzione, e questa per circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà del colpevole fu interrotta o mancò di produrre il suo effetto.* Questa formola del Decreto del 1861 risponde a capello alla nozione posta da Alberto Gandino: *cogitat, et agit, nec perficit*, enunciando che nel conato vi è il reato, perchè vi è un proponimento criminoso ed un'azione criminosa dirizzata ad attuarlo, ma un *reato imper-*

(1) Il Codice napoletano del 1819 pose soltanto due definizioni, relative alle due specie di conato che esso considerò come punibili.

fetto, perchè, mentre la volizione criminosa sussiste, l'esecuzione non raggiunge il contenuto di essa.

Questa nozione si addimostrerà più chiara, discomponendola nei suoi elementi essenziali, ciascuno dei quali ingenera teoremi giuridici. Or questi elementi sono tre:

1) la volontà di commettere un dato reato è la prima condizione;

2) gli atti di esecuzione debbono essere tali da manifestare per appunto questa volontà determinata;

3) l'effetto della esecuzione debbe essere impedito da un evento fortuito ed indipendente dalla volontà del delinquente.

Egli è duopo studiare partitamente ciascuna di queste condizioni.

§ 5. La condizione fondamentale del conato di un reato è che quel reato sia stato propriamente l'obbietto della volizione nel delinquente. *Conari*, sforzarsi, tendere ad uno scopo da raggiungere, non è concepibile se l'uomo non siasi proposto quello scopo medesimo. Così se un uomo vibra un colpo ad un altro uomo e lo ferisce, non si può dal solo fatto della ferizione, che espone la persona ferita a pericolo di cessazione della vita, che poi non si avvera, desumere che vi fu conato di omicidio, se prima non si dimostri che la ferizione ebbe luogo *animo occidendi*, con la determinata intenzione di uccidere. A questo pronunciato, che non ha mestieri di lunga dimostrazione, si rannodano due quistioni: la prima è se siavi conato di reato colposo; e l'altra è se nei fatti di sangue istantanei possa esservi conato di omicidio.

1.° Siccome si è riconosciuta la punibilità della *colpa*, si è pure venuto al concetto del *reato colposo*, senza bene attendere alla improprietà della locuzione: e dalla confusione delle parole si è venuto alla confusione delle idee. Così parecchi giureconsulti interpetrarono letteralmente il *reato colposo*, senza attendere a ciò, che tal locuzione contiene una contraddizione nei termini (non essendovi reato se non volontario), e sostennero che il reato colposo come ogni reato è capace di rimanere ad un conato non seguito dall'evento. Di qui si trasse la nozione della *culpa adtentata*, che i più dei penalisti stimano doversi ban-

dire dal dominio della scienza. L' essenza propria del conato sta nel fine che supera l' evento; l' essenza p.opria della colpa sta nell' evento che supera il fine. La colpa ed il conato rappresentano un' antitesi perfetta; epperò non possono mai compenetrarsi, escludendosi a vicenda. La colpa inchiude che o non si aveva un fine doloso, o, se doloso, il dolo si riferiva ad un fatto minore aggravato dal concorso della colpa. Se l'evento non avvenuto non fu saputo, nè fu voluto, manca allo intutto ogni conato, non potendosi avverare che l' uomo si sforzi a quello che egli non vuole che si avveri. Lo sforzo, il conato, è l'effetto della volontà; e mancando la cagione dee parimente mancare l'effetto. Al massimo egli è da riconoscere che può lo Stato con ordinamenti di polizia elevare a reati *sui generis* taluni fatti che sogliono esser cagione di mali peggiori, e punirli indipendentemente dalle conseguenze che possono sorgere. Ma la punibilità della colpa muove sempre dallo essersi avverato un fatto che, sebbene non voluto perchè non preveduto, fu conseguenza prevedibile di un fatto volontario; epperò quando l' evento non preveduto ma prevedibile non si avvera, non vi è nulla ad imputare a colpa all' autore di quel fatto, da cui la conseguenza prevedibile potea derivare. Laonde non vi è conato del reato colposo; e la negligenza senza effetti funesti può solo esser punibile per sè stessa come un reato *sui generis*, come un reato compiuto.

2.° Alcuni penalisti hanno creduto che nei reati che sono l' effetto di istantanea determinazione del volere, non si possa ammettere una volizione di reato maggiore di quello che si è avverato come fatto compiuto. Così per esempio quando una rissa si avvera, ed in *calore rixae* si ferisce l'avversario, bisogna limitarsi al reato di lesione corporale, non si può mai passare a ritenere che vi fu conato di omicidio. L'impeto inopinato e la condizione di difesa in cui l'uomo si trovano impediscono che la forza del volere si raccolga in un obbietto determinato; si ha di mira la persona dell'avversario, si vuol certo recargli detrimento, si ha l'*animus laedendi*, ma non si ha il proponimento speciale dell'uccisione, l'*animus necandi*. Noi riteniamo che questa opinione debbe esercitare la sua efficacia in certi confini,

cioè come monito al giudice di fatto, per non ritenere sempre e con soverchia leggerezza come conato di omicidio qualunque atto di ferizione o percussione che avvenga nel calore della rissa. Ma non si può elevare un principio assoluto che escluda il conato dai fatti d'impeto instantaneo. Per escluderlo assolutamente bisognerebbe ritenere che i fatti surti da deliberazioni istantanee non sorgono da volizioni, non sono nè possono essere fatti volontari. Ma, domandiamo noi, se un omicidio si avvera nel calore della rissa, diremo noi sempre quell'omicidio non essere, nè poter essere volontario? La rissa forse esclude la volizione, sebbene istantanea, dell'uccidere? Non debbe esser corrivo il giudice, pe' fatti commessi in rissa, a ritenere la volontarietà dell'omicidio; e questo monito è applicabile sì quando si avvera che in rissa rimanga taluno ucciso, e sì quando si avvera che in rissa rimanga taluno semplicemente percosso o ferito. Ma non si può dire assolutamente che la rissa escluda ogni volontà concreta e determinata di uccisione, epperò escluda ogni conato di omicidio.

§ 6. Il secondo elemento indisponsabile alla esistenza del conato criminoso è l'essersi proceduto alla esecuzione del reato voluto. L'essenza caratteristica dol conato sta nell'operare dell'attività umana, a cui manca lo attuarsi dell'evento desiderato, o per meglio dire *voluto*. Di maniera che il proponimento debbe in esso superare l'evento; ed un'azione è necessaria perchè esso si avveri (1). Ma non ogni azione merita il nome di *conatus delinquendi*, avvegnachè l'uomo soglia, dopo aver voluto, cominciare fin dai suoi primi atti ad indirizzarli al fine determinato dalla sua volizione. L'uomo quando ha voluto non sempre trova d'innanti a se possibile l'attuazione del suo pro·

(1) « Tentare un delitto non è soltanto pensarlo o deliberarlo, ovvero dire » di averlo pensato o deliberato, ma bensì egli è porre in opera tutto quello » che ne può ottenere l'esecuzione » — « Il palesare il pensiero e la deliberazio- » ne di un delitto, cui però si è desistito di mandare ad esecuzione, ovvero la » jattanza di volerlo effettuare, senza però che s'intrapenda nulla in fatto con » le azioni fisiche esterne, son cose che non si possono veramente riguardare » come attentato, nè si potrebbero punire come tali (*Romagnosi*, Genesi del » Diritto pen. p. 221, 222). »

ponimento. Chi possiede un'arme e ferma seco stesso di uccidere un'altro uomo può facilmente spiegare la sua attività contro costui; ma chi non possiede un arme, o la possiede guasta e disadatta, e vuole parimente uccidere, dee cominciare o dal procacciarsi l'arme o dal rendere acconcia a ferimenti quella che egli possiede. Questo è certo un primo passo che egli dee dare nella via del delitto che vuol compiere, è un atto indirizzato al delitto, come mezzo al suo scopo. Ma il provvedersi di arme, sebbene sia un'azione, costituisce forse l'azione del delinquere, o il conato? L'atto, che l'uomo compie provvedendosi di un'arme, ha un fine prossimo, cioè quello di rendere possibile e facile la esecuzione di un reato. Ma non è certamente l'atto stesso di questa esecuzione. Il reato preparato è un reato fatto possibile, non reale; ed ogni qual volta si rimane l'attività umana a quegli atti che rendono il reato possibile e non reale, il *conatus delinquendi* non apparisce per anco. Così il conato distinguesi dalla preparazione, come il reale distinguesi dal possibile. Nel conato il maleficio diviene reale, nella preparazione il maleficio rimane possibile. Ed un criterio pratico, per discernere gli atti di preparazione dagli atti costituenti il conato, sta in questo che le azioni di preparazione di per loro non annunziano il delinquere, ma possono essere interpetrate per fatti anche non indirizzati a conculcare i dettami giuridici. Il procacciarsi un'arme può essere un mezzo indiritto allo scopo di difendersi, come può essere un mezzo attuato per esser pronto all'offesa d'altrui. Il procacciarsi un veleno può esser mezzo dirizzato al fatto innocuo della distruzione di insetti, come può esser mezzo dirizzato alla distruzione di un uomo. Ma se Tizio, armata mano, si appressa alla casa di un uomo o vi si pone in aguato, se impugnando lo schioppo carico prende la sua mira per vibrare un colpo ad un altro uomo, se aggredisce un individuo, se vibra un colpo di schioppo e fallisce nel colpo, questi atti annunziano un maleficio, sia indeterminato, sia determinato, epperò costituiscono un *conatus delinquendi.* Questa distinzione così fermata mena ad una conclusione, cioè che l'apparecchio del reato è esente da punizione perchè non costituisce per anco l'apparizione dell'azione criminosa. Manca la rea-

lità del maleficio, non pure come evento, ma altresì come conato; e l'azione che si limita allo apparecchiare il reato va soggetta al medesimo principio della impunità del proponimento criminoso. Non è già che la preparazione sia lo stesso che il puro pensiero; imperocchè vi è sempre con essa un'azione nel mondo esteriore; ma quest'azione appunto perchè non rivela di per se stessa l'attuazione di un proponimento criminoso, potendo essere pure dirizzata a fini innocui, tanto può ritenersi preparazione di un reato per quanto da altra fonte si conosce il proponimento criminoso. La *preparazione* non è dunque *conato* innanzi al Diritto. E questo teorema viene fermato nella nostra legislazione vigente, col richiedere come condizione per la punibilità del conato che con *atto di esecuzione siasi manifestata la volontà di commettere un dato reato*. Nel che vuolsi notare come sia più acconcia locuzione questa che il Decreto del 1861 ha sostituita alla locuzione originaria del Codice del 1859: *è punibile il tentativo che sarà stato manifestato con un principio di esecuzione*. La esecuzione non manifesta il tentativo, ma è il tentativo; quello che *si manifesta* nella esecuzione è il proponimento criminoso. Ed oltre a ciò la frase: *principio di esecuzione* potrebbe essere in vari sensi interpetrata, e ben potrebbesi fino ad un certo punto comprendere nel suo significato l'apparecchiare il reato.

Se non che vi ha talune azioni di preparazione, le quali, perchè sogliono rivelare un animo disposto a delinquere, minacciano la tranquillità sociale ed individuale, e già violano il diritto della sicurezza pubblica o privata. Tal'è per esempio, il portare armi insidiose, il fabbricare grimaldelli o false chiavi, l'ordire una cospirazione politica (1), il formarsi un'associa-

(1) La legge vigente addita pure il concetto della *cospirazione* negli art. 160 e 161. La prima di quelle disposizioni statuisce esservi cospirazione quando la risoluzione di operare siasi concertata e conchiusa fra due o più persone, quantunque non siasi intrapreso alcun atto di esecuzione. E l'altra determinazione eleva pure a reato il caso in cui, senza che una cospirazione fosse conchiusa, siavi stata soltanto la proposizione fatta e non accettata di formarne una che abbia per oggetto alcuno dei reati contro la vita dello Stato. Delle quali cose parleremo più a lungo nella teorica speciale dei vari malefizi.

zione permanente a fine di delinquere contrò le persone e le proprietà. Questi fatti la legge penale può giustamente elevare a reati. Ma essi sono reati *sui generis*, di per sè medesimi punibili, e non costituiscono certamente conato di altro maleficio.

§ 7. Quando il proponimento criminoso è formato, dalla natura del reato che si vuol commettere dipende la maggiore o minor serie di atti necessari per giungere all'evento ultimo che l'uomo si propone di attuare. Taluni reati, come l'ingiuria, la minaccia, non han bisogno di una serie di atti; perchè la parola è pronta in servigio della volontà, cui è immediatamente sottoposta. Tali altri reati richieggono più atti, come è per esempio il furto, per il quale è mestieri che si prenda la cosa altrui mobile, che la si trasporti dal luogo ove essa trovasi in altro luogo ignoto a colui che la possedeva. Di qui sorge che in molti fra i reati il *conatus* si presenta come un *iter*, dal primo atto, col quale un uomo si accinge a delinquere e comincia la esecuzione fino a quell'atto in cui si compie lo sforzo della sua attività, e niente altro rimane se non il verificarsi dell'*evento voluto*. E però fa mestieri specificare i possibili stadii di questo *iter criminis*, che sono le varie specie del conato.

Ora una prima distinzione si appresenta tra il *conatus perfectus* e il *conatus imperfectus*. Nel conato vi ha sempre un *crimen imperfectum*. Ma il conato per sè stesso può essere o perfetto o imperfetto. Quando i mezzi dell'operare sono in immediato potere dell'agente, e l'aziono delittuosa è semplice, come l'ingiuria, il conato perfetto s'immedesima e compenetra con l'evento stesso. Quando i mezzi dell'operare richiedono una efficacia sulle forze circostanti, quivi può presentarsi il conato perfetto senza l'evento; perocchè nella serie di momenti della esecuzione egli è possibile che l'uomo l'abbia tutta percorsa, sicchè null'altro gli rimane a fare perchè lo evento si compia, ed in tal caso il conato dicesi perfetto. In esso l'attività subbiettiva è tutta esaurita; il reato può dirsi *consumato subbiettivamente*, e se non è consumato obbiettivamente, questo deriva da che l'evento desiderato è *mancato*. Così per esempio un colpo d'archibugio a breve distanza e con proiettile tale da uccidere, se fallisce, è *omicidio mancato*, ove siavi stata volontà di vibrarlo contro una qual-

che persona. Questo conato perfetto fu detto *consumazione subbiettiva* del reato o *maleficio mancato* (1). Ma egli è possibile altresì che non tutto l'*iter* sia stato percorso, ed in tal caso il delinquente è rimasto al conato incompiuto o imperfetto (2).

V'ha ora una seconda distinzione. In questa serie di momenti, sendovi la distanza maggiore o minore di essi dalla *meta optata criminis*, il conato incompiuto distinguesi *in conatus proximus* e *conatus remotus*. Il *conatus proximus* ha luogo quando qualche altro atto è necessario a compiere la serie dei momenti;

(1) Il Codice spagnuolo lo dice *delicto frustrado* (*frustratum maleficium*).

(2) Il Carrara propone una tripartizione, inquantochè dice che, oltre al conato imperfetto o reato tentato, bisogna distinguere il *conato perfetto* degli antichi (cioè quello in cui l'agente ha *per parte sua* fatto tutto), e il *delitto mancato*, giusta la locuzione del Romagnosi, cioè quello in cui si esaurirono realmente in modo idoneo tutti gli atti necessari alla consumazione del delitto, ed inclusivamente quello in cui stava il momento consumativo, mentre l'evento non sussegui per mero caso fortuito. Egli, per distinguere il conato perfetto dal delitto mancato adduce l'esempio del veneficio. L'avvelenatore (dic'egli) può gittare la sostanza venefica nel cibo, mentre una vivanda è sul fuoco; e in tal caso vi sono altri atti, non suoi, ma di altre persone, necessarii perchè il veneficio si compia; perchè è d'uopo che la vivanda da persone inconscie sia recata a colui per il quale il veleno era destinato. Noi crediamo che non bisogni trasandare che anche gli *atti negativi* sono un operare; sicchè nel caso supposto dal Carrara il fatto di avvelenare la vivanda in un momento molto anteriore a quello della propinazione, e senza che il cuoco se ne avvegga, sarà maleficio tentato o mancato secondo i momenti posteriori. Quando l'avvelenatore è sorpreso nell'atto di gittare il veleno, o il veleno è scoperto prima di propinarsi da un altro, consciamente o inconsciamente, a colui cui era destinato, il veneficio è tentato; quando invece il silenzio dell'avvelenatore si è protratto fino al punto in cui l'uomo, cui era destinato il veleno, l'ha ingoiato, se ciò non ostante la vita si salva, il veneficio è mancato, perocchè non bastava al reato il primo fatto positivo di gittaro nella vivanda il veleno senza gli atti posteriori e diretti allo stesso fine di occultare l'esistenza del veleno, di non impedire la propinazione, di non avvertire altri. L'attività del delinquente potendo appalesarsi e sotto la forma dei fatti positivi e sotto la forma dei fatti negativi, non vi è altra distinzione che quella dell'essere o non esaurita l'attività criminosa del delinquente. Nella esaurita attività si ha il maleficio mancato; nella attività non esaurita si ha il maleficio tentato. E l'attività deo dirsi esaurita quando si è avverato quel fatto che di per sè solo sarebbe idoneo e sufficiente alla consumazione del reato, se un caso fortuito non venisse ad impedirla. (Cf. su ciò le Osservazioni del Carrara sul Progetto di Codice penele italiano).

perchè l'esecuzione è cominciata, ma è interrotta prima che si compia l'atto ultimo di consumazione; *il conatus remotus* ha luogo quando si è cominciato con una specie di *conatus* alcuno di quegli atti che sono necessari per aversi il *conatus proximus*. Un criterio pratico per distinguere il *conatus proximus* dal *remotus* sta in ciò che nel primo gli atti sono sufficienti a dimostrare l'intendimento di un dato maleflzio; nell'altro non si porge l'atto della preparazione, il quale può essere anche innocuo, ma un atto, che, se non annunzia un determinato reato, pure annunzia il delinquere in generale. Così, a grazia d'esempio, la *scalata* nell'altrui domicilio è un conato remoto, perchè annunzia che si vuol delinquere contro colui che in quel domicilio risiede; ma non giunge a specificare qual reato si voglia commettere. Ma l'aprire gli armadii dopo la scalata, il raccogliere fardelli, l'avviarsi con l'altrui cosa fuggendo, costituiscono atti tali da rivelare il proponimento di un determinato maleflzio come il furto. Ora soffermiamoci al *conatus remotus*. Esso ha nella scienza e nel foro un nome speciale, quello cioè di attentato (1) che il Nicolini adequatamente disse essere *conato di conato*, o accingimento a quelle operazioni che costituiscono il conato propriamente detto. Nell'attentato, o conato remoto, noi troviamo manifestata la intenzione di delinquere, ma questo delinquere è ancora astratto, è un operare che accenna al volersi compiere un'azione violatrice del Diritto; onde bisognerebbe conoscere per fonte diversa dall'atto eseguito il proponimento criminoso speciale, perocchè esso non è bastevole a porgere una tal determinazione. L'attentato rivela in somma la volontà di delinquere, ma non determina nella sua rivelazione quale sia propriamente il reato al quale si tende. Epperò l'attentato vuol esser eliminato dalla categoria dei conati punibili,

(1) La parola *attentato* non è sempre usata dalla legislazione positiva nel medesimo significato. Quando si parla di *attentati al pudore, di attentati alla libertà individuale*, quella locuzione non è da intendersi nel senso del conato remoto, sibbene in quello di *offese, lesioni, aggressioni*. L'attentato nel senso del conato remoto è preveduto dalla legge fra' reati contro la sicurezza dello Stato; e di vero l'art. 159 dichiara che *l'attentato sussiste dal momento che siasi dato principio ad un atto qualunque di esecuzione del reato.*

perocchè gli manca la specifica e concreta determinazione del maleficio a cui dovrebbe riferirsi. Solamente in taluni casi di grave pericolo sociale, l'attentato, come minaccia di danno imminente, è già per sè stesso una lesione al diritto della pubblica e privata sicurezza ; e come tale può essere elevato a reato Così lo addentrarsi furtivamente o violentemente nell'altrui domicilio, i primi atti di violenza per un tumulto popolare, una aggressione alla persona del Capo dello Stato, un' aggressione materiale cominciata per abbattere la legge fondamentale dello Stato sono fatti giustamente incriminabili. E qui giova rammentare quel detto che Sallustio pone sulle labbra di Catone, nella congiura di Catilina: *Hoc nisi provideris ne eveniat, ubi evenerit frustra judicium implores.* Ma questi casi eccezionali voglionsi elevare a reati *sui generis*, per se medesimi avvisati, ed indipendentemente dall' avverarsi lo evento cui il delinquente tendeva (1). La regola generale è la impunità dell'attentato o conato remoto. Sicchè il punto onde incomincia la penalità del conato, si ha quando il *conato* sia *prossimo* a diventar perfetto, cioè quando siasi avverato un *conatus proximus delinquendi.* E questo è non pure teorema scientifico, ma trova il suo riscontro nella legge positiva. Imperocchè l'art. 96, modificato dal decreto del 17 febbraio 1861, pone per condizione alla punibilità del conato che *gli atti di esecuzione manifestino di per sè medesimi la volontà di commettere un dato reato.* E l'attentato nel suo proprio significato, cioè come conato remoto, vien solo eccezionalmente punito in casi espressi dal legislatore medesimo, come ad esempio, pei reati contro la vita dello Stato, mentre conato punibile è il conato prossimo, che nella scuola e nel foro ha il nome di *reato tentato*.

Dalle quali tutte cose si può raccogliere che due sole specie di conato si posson dire incriminabili: il *conato prossimo* o *reato tentato*, ed il *conato perfetto* o *reato mancato*.

§ 8. L'ultima condizione necessaria al conato è chè l'impedimento alla consumazione obbiettiva, allo avverarsi dello even-

(1) *Qui furti faciendi causa conclave intravit nondum fur est, quumvis furandi causa intravit. Quid ergo? Qua actione tenebitur? Utique injuriarum aut de vi accusabitur.* L. 21 § 7 D. de furt.

to voluto provenga da una qualche contingenza che vinse la forza dell'attività umana. A ciò si rannodano due dottrine. L'una è quella della niuna reità nel conato per un male impossibile ad avverarsi; l'altra è quella della niuna reità del conato quando l'autore di esso volontariamente ne desista.

1.° Vi ha degli eventi che non dipendono dalla volontà umana, e per questi il Diritto è indifferente. Una delle note caratteristiche del dominio giuridico è l'esser posto in potere dell'uomo materialmente l'avverarsi di un dato evento; ed in quanto questo è possibile, può essere o comandato dalla legge, se necessario ai fini della vita umana individuale o sociale, o vietato dalla legge, se contrario a questo fine. Il pronunciato: *nemo ad impossibile tenetur*, è un applicazione di cosiffatto principio. E da questo si deriva altresì che il diritto non vieta se non quello che, essendo possibile per l'uomo, non debbe esser fatto perchè contrario alle leggi fondamentali dell'ordine sociale; e la legge in armonia col Diritto vieta i fatti che son possibili, non quelli che trovano un ostacolo sufficiente nella natura stessa delle cose. Se dunque l'uomo si sforzasse a' fatti che per lui sono impossibili, per quanto questo sforzo riveli una interna immoralità, il Diritto non sarebbe mai violato. Così per esempio il Diritto non ha mestieri di comandare che l'uomo si astenga dal pregare la Divinità per la distruzione di un altro uomo; il Diritto non ha mestieri di comandare che l'uomo si astenga dal fare incantesimi per lo sterilimento di un altrui terreno. Imperocchè l'uomo con questi atti manifesta un animo perverso ed immorale; ma l'impossibilità di avverarsi che la Divinità ceda all'iniqua e scellerata preghiera, o che l'incantesimo abbia la forza di produrre l'effetto desiderato, pone questi atti fuori della cerchia dei fatti che, sendo possibili all'uomo e contrarii a'bisogni degli altri uomini, debbono essere vietati. I fatti impossibili, non essendo dunque compresi nel divieto giuridico, non possono esser materia di un *conatus delinquendi*, sia che questa impossibilità consista nel fine che un individuo si propone, sia che essa consista nei mezzi adoperati. Il ferire un uomo morto credendolo vivo è conato vano per l'impossibilità del fine. Il somministrare del nitro

per avvelenare un individuo è conato vano per l'impossibilità del mezzo. Laonde, se la realtà dell'evento compiuto non è necessaria per aversi l'apparizione del maleficio, la possibilità di esso è necessaria perchè il conato possa esser punibile. Se non che l'impossibilità dell'evento, per togliere al conato il carattere criminoso, debbe essere una impossibilità assoluta, non una impossibilità relativa, cioè una impossibilità, che secondo l'ordinario corso delle cose non può esser vinta, non già una impossibilità momentanea, accidentale, per concorso di circostanze fortuite. Se un uomo vibra un colpo d'arme da fuoco contro un altro, e costui con un salto cansa il colpo, il primo ha adoperato un mezzo, che per sè stesso era sufficiente secondo l'ordinario corso delle cose, e sarebbe stato cagione di morte, se non si fosse avverato l'evento propizio di un salto opportuno. Ma colui che ad una distanza, molto maggiore di quella ch'è necessaria perchè il colpo dell'arme da fuoco ferisca, vibra il suo colpo, commette un conato di uccisione; e questo conato è vano per la impossibilità assoluta del mezzo.

Or qui si rannoda una quistione di non lieve importanza teoretica e pratica per le discordi opinioni cui diè luogo; essa è se possa incriminarsi, sia come conato di un reato, sia come un reato *sui generis*, il fatto di colui, che avendo, con la volontà di commettere un reato, apparecchiato mezzi efficaci e sufficienti, venne poscia ad eseguire l'azione criminosa, usando mezzi non idonei alla consumazione del reato, sia per errore, sia per non previsto accidente, sia per opera altrui. Il Codice del 1859 nell'art. 536 considerò come un reato *sui generis*, nel caso del tentativo di omicidio, questo fatto. Il Decreto del 17 febbraio 1861 abolì per le province meridionali questo articolo.—Sicchè abbiamo in Italia due opposte soluzioni legislative della quistione medesima. Non è a dubitare che il fatto, quale è delineato, non contiene gli elementi essenziali del conato criminoso, perchè esso si compone di due momenti, ciascuno dei quali esclude l'essenza del conato. Il primo momento, che consiste nello apprestare i mezzi idonei, non è ancora il cominciamento di esecuzione, ma bensì una preparazione del reato; ed il secondo momento rientra nella categoria dei conati di cosa impossibile per la insufficienza del mezzo ado-

perato. L'esecuzione nel vero senso della parola manca, nè può dirsi cominciata; perocchè non v'ha cominciamento di quello che è impossibile ad avverarsi. Nè d'altro canto si ha diversità di condizione psicologica tra colui che sin dal principio apparecchia mezzi inefficaci, e colui che avendo apparecchiato il reato coi mezzi efficaci, nel momento dell'esecuzione adopera mezzi che non possono menare alla attuazione dello scopo criminoso; perocchè entrambi sono nell'errore di credere che essi l'ottengono, credendo usare mezzi efficaci e sufficienti. Il solo divario sta in ciò che colui il quale si procura mezzi idonei, ha apparecchiato il reato, dovechè l'altro non l'ha neppure apparecchiato, perocchè l'impossibilità appunto in quanto è tale è la negazione dello apparecchio che è diretto a rendere possibile il reato. E questa condizione di cose trae seco che il fatto non potrebbe essere incriminato neppure come un reato di proprio genere; perocchè la regola generale è la impunità negli atti preparatorii, nè vi è ragione alcuna che potesse giustificare la eccezione, quando i mezzi sufficienti furono solo apparecchiati. Si dirà forse: ma vi è la volontà criminosa e se ne ha una dimostrazione sino al fatto di apprestare i mezzi inefficaci, credendosi essere efficaci; si ha l'impedimento all'evento ed un impedimento derivante da tutt'altra causa che la volontà dell'agente, e specialmente da una contingenza? A ciò noi rispondiamo che l'impedimento fortuito precede il fatto della esecuzione, e sta tra la preparazione e l'esecuzione, ed è tale che rendeva impossibile ogni esecuzione, e (senza esecuzione non essendovi conato) rendeva impossibile il conato. L'impedimento fortuito per rendere punibile il conato deve avverarsi tra l'esecuzione cominciata e la *consummatio delicti*, e non già precedere la stessa esecuzione.

2.° Allorchè dal proponimento criminoso si passa all'esecuzione ma l'*eventus delicti* non si avvera per volontà dello stesso agente, il conato cessa di essere incriminabile; imperocchè in tal caso avviene quello stesso che incontra nel mondo fisico, cioè che due forze eguali e contrarie si distruggono; l'attività criminosa è negata dall'attività che impedisce la violazione del Diritto; il delitto è negato invece di apparire come una realità concreta; e però non v'è mestieri di quella negazione del delitto, che viene come ri-

medio dopo la sua apparizione, e che consiste nel fatto sociale della pena. Così troviamo nelle varie legislazioni antiche e moderne il pronunciato che il *pentimento rende impune il conato* (1). A ciò si rannodano intanto parecchie considerazioni.

A. Non è necessario che il fatto, col quale il delinquente nega l' attività criminosa con altra attività, provenga da intenzionalità pura di moralità risvegliata, come effetto di un morale ravvedimento, di un pentimento interiore. La giustizia penale, come una delle forme del Diritto, dee contemplare le azioni, non dee tener conto delle intenzioni, o per dir meglio dei motivi delle azioni. E come il Diritto non deve investigare se coloro che si rimangono dal delinquere, se ne rimangano *formidine poenae* o *virtutis amore*, così parimente allorchè colui, che ha preso ad eseguire un reato, impedisce da sè stesso che lo *intento criminoso* divenga *evento criminoso*, la legge deve solo attendere a questa attività che si rivolge contro il proprio fatto, senza punto indagarne la interna intenzione.

B. Due condizioni son necessarie a questo divolgersi dal reato per rendere impune il conato criminoso. L' una è la sua efficacia ad impedire che il reato si compia in quello evento che ne forma la sostanzialità concreta; che altrimenti si avrebbe una pura velleità d'inutile pentimento. L'altra è che l'uomo non vi sia stato costretto dalle contingenze sopravvenute. Così a grazia di esempio per colui che, dopo essersi introdotto nell' altrui casa e fattovi un fardello, alle grida che sente dei vicini o all' accorgersi che s' avvicina la pubblica forza, gitta via il fardello nella casa, e fugge per salvarsi, non può dirsi, che gettando via il fardello senza portarlo seco, siasi ritratto dal delinquere, nè che questo ritrarsi renda impune il suo conato. La volontà di ritrarsi dev' esser libera da coercizione materiale o morale, nel fatto del recesso dal delinquere, quali che ne siano i motivi, perchè la reità del conato dicasi cancellata dall' impedimento radicato nella volontà stessa dell' agente.

C. Se egli è vero che *quod factum est infectum fieri nequit*, quando l' attività umana nel conato di un dato maleficio ha

(1) *Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt, suffragio* JUSTAE POENITENTIAE *absolvuntur*. L. 19 pr. D. ad L. Corn. de fals.

già consumato un altro maleficio , dee sempre rispondere di questo; il suo recesso gli giova per quello *eventus criminis* che non si è avverato, nè si è voluto eseguire, ma non già per quelle azioni individue di già consumate che fossero per sè stesse improntate della nota di malefizio (1).

D. Il recesso, che rende impune il conato, può avverarsi non solo nel conato perfetto , ma anche talvolta nel conato imperfetto: imperocchè non solo l'agente può interrompere il corso dell'azion criminosa; ma se la sua attività è esaurita, senza che l'effetto esteriore di questa sua attività si verifichi *immediatamente*, questo effetto può essere talvolta impedito con un fatto suo volontario. Così, per esempio, dopo la propinazione del veleno può un antidoto neutralizzarne la efficacia; ond'è che se l'avvelenatore propina l'antidoto dopo aver dato il veleno, viene col suo fatto stesso ad annientare l'efficacia del suo fatto precedente, e il conato, tuttocchè compiuto, cessa di essere incriminabile; perchè fu annientata l'attività di già manifestata per quel che può avere di criminoso in ordine allo evento che prima voleasi produrre nel mondo esteriore. Soltanto allorchè il reato è consumato obbiettivamente la riparazione posteriore delle conseguenze del reato non vale a produrre la impunità del fatto avvenuto (2); ma tutto al più può valere come una ragione di attenuazione della responsabilità penale per il malefizio di già consumato. Egli è facile il comprendere che nei più dei casi si può recedere dal reato quando l'attività criminosa non è tutta esaurita, quando si è ancora nei limiti del conato incompiuto; ma certa cosa è che vi ha qualche caso in cui tra il conato compiuto e l'evento si interponga la stessa attività produttrice del conato compiuto, e mandi a vuoto la sua efficacia; ed in questo ancora il conato non è più incriminabile; perchè l'agente col suo operare ha posto nel nulla la precedente attività criminosa. Il Codice francese del 1810 (art. 2), e con esso i varii Codici italiani, compreso il Codice vigente, han sempre rite-

(1) L. 8 Cod. ad L. Corn. de fals. — art. 101 C. pen. ital.

(2) *Qui ea mente alienum quid contrectavit ut lucri faceret, tametsi mutato consilio id domino postea reddidit, fur est; nemo enim tali peccato poenitentia sua nocens esse desiit.* L. 65 D. de furt. — Cf. L. 5. D. de vi bonor. raptor.

nuto il tentativo esser punibile per l'impedimento proveniente da contingenze estranee alla volontà dell'agente, ammettendo ciò sì per il caso della esecuzione sospesa (reato tentato) e sì per quello in cui manchi l'effetto criminoso (reato mancato).

§ 9. Fermato che abbiamo esser sole specie di conato punibile il conato perfetto e quel conato imperfetto che è prossimo alla consumazione, cioè il *reato mancato* ed il *reato tentato*, ci sarà facile il desumere dalle cose discorse quanta debba essere la punibilità di queste due specie di reato incompiuto.

L'evento reale è quello che determina la gravezza del maleficio; ed il dettato giuridico, imponendo all'uomo l'astenersi da un atto determinato, riveste della sua protezione i diritti della società e degli individui. Qualora l'evento contrario a questa protezione si avveri dietro lo sforzo dell'uomo, il Diritto è violato nel lato della pretensione giuridica e in quello della obbligazione; imperocchè l'uomo che godea della esistenza l'ha perduta, e l'uomo che dovea rispettare quell'esistenza l'ha distrutta. Ma se per contro si avvera soltanto il conato, il diritto è violato in una parte soltanto cioè in quella dell'obbligazione, mentre la vita rimane ancora salda ed incolume; il male esteriore è solo possibile e non reale; vi fu pericolo, anzichè danno. Laonde la pienezza di ciascun reato appare allorchè tutte le essenzialità contenute nella sua ipotesi sono avverate in una esistenza di fatto concreta, allorchè l'*evento* ha corrisposto al *conato*, allorchè il voluto è divenuto un fatto reale ed incancellabile. Ma quando il maleficio si è appalesato incompiutamente col venir fuori dell'attività umana in un conato rimasto vano, e, mentre poteva avverarsi, l'evento voluto non si è avverato per la forza di contingenze straniere al volere dell'essere operante, la quantità della violazione del Diritto è minore, in tal caso, di quella che si appresenta nella obbiettiva consumazione del maleficio. E perchè ciascun conato trae la sua reità dallo speciale comando giuridico, alla cui violazione è dirizzato, chiaro è che la base per misurare la punizione del conato debbe essere la punizione del reato come consumato obbiettivamente; ma su questa base la punizione del conato impotente dev'esser minore di quella che cade sul conato se-

guito da un evento propizio. E quando si valuta comparativamente tra loro il reato tentato ed il reato mancato, egli è duopo riconoscere che la punizione del reato tentato debb' esser minore della punizione del reato mancato. Imperocchè l' azione di colui che è rattenuto a mezzo il corso dell'azion criminosa è certamente minore in intensità criminosa dell' azione di colui che *consuma subbiettivamente* il maleficio, facendo tutto quello che è iu suo potere per compiere l'evento criminoso. E, conforme avverte il Rossi, la giustizia umana dee tener conto di quell'ultimo stadio che rimaneva a percorrere; perocchè non si ha certezza veruna che in quello il delinquente avrebbe persistito nel suo tristo proponimento; onde la possibilità di quel pentimento, che non si appresenta come reale, perchè l' impedimento delle contingenze esteriori ha pure impedito il suo avverarsi, dee far valutare il conato imperfetto come un' azione al certo meno contraria al Diritto di quella che si addimostra nel conato perfetto (1). E finalmente, perchè egli è possibile che un' azione, mentre è conato di un reato, sia pure un reato compiuto di per se stesso e maggiore in intensità criminosa, la pena di questo reato non può esser tolta dalla pena minore che cadrebbe sovr'esso come conato di altro maleficio; e perchè un medesimo fatto non dee soggiacere a duplice punizione, in tal caso la pena del conato è la pena maggiore, assorbendosi in essa la minore.

§ 10. I gravi malefizi son quelli che richieggono la punizione nel loro conato renduto vano; imperocchè si contrappongono siffattamente ai dettati del giure che le azioni tendenti alla loro attuazione già si appalesano contraddittorie all'operare secondo il Diritto, e formano come un *iter criminis* facile a rico-

(1) Art. 97 C. pen. ital. « Quando il colpevole di tentativo giunga ad atti tali di esecuzione che nulla rimanga per sua parte onde mandarlo ad effetto, sarà punito con la pena del reato consumato, con la diminuzione di un sol grado ». Art. 98 C. pen. ital. « Se gli atti di esecuzione, sono di tal natura che rimanga allo autore del tentativo qualche altro atto per giungere alla consumazione del reato, il colpevole sarà punito colla pena del reato consumato, diminuita di due o di tre gradi a norma delle circostanze, e specialmente, secondo la maggiore o minore prossimità dell'atto alla consumazione del reato ».

noscersi. Così il ghermire un individuo e tenergli il coltello presso la gola è tale atto che non può mai rivelare un fine innocuo. Così l' entrare in una casa con chiave falsa e col rovistare gli armadi è già tale atto da portare in sè scolpita la nota del maleficio. Ma per rispetto ai reati leggieri, che son costituiti da azioni di lieve intensità delittuosa, la via del reato non è così lontana dalla via dell'osservanza del Diritto, che gli atti tendenti alla consumazione del maleficio si distinguano nettamente dagli atti innocui; chè anzi bene spesso, confondendosi con gli atti innocui, essi non hanno tanto di specialità da rivelare che ad un determinato delitto sono indirizzati. Così, per cagion di esempio, se il farsi giustizia con le proprie mani può considerarsi come reato, perchè in esso vi è la coscienza del diritto, e la reità si limita al violare il principio che lo Stato solo debbe costringere all' osservanza dei suoi dettati, noi abbiamo in questo fatto una tenue intensità delittuosa. Il conato di questo reato non è facilmente discernibile dagli atti innocui; imperocchè il creditore, che si presenta nella casa del suo debitore con due o tre individui, e con modi risoluti gli dice di pagargli ciò che deve, non si è allontanato di tanto dal Diritto che il suo fatto porti scolpita la nota del maleficio. Egli si è presentato a chiedere quel che gli spetta, e nel condurre seco dei compagni ha potuto aver per iscopo di difendersi da qualche oltraggio da parte del suo debitore, ovvero di farsi dei testimoni per la esistenza del suo credito. Laonde egli è consiglio della giustizia, circospetta nei suoi passi, e sollecita del non tramutarsi in castigatrice di atti le più delle volte innocenti, il fermare che in regola generale, salvo espresse eccezioni, i leggieri malefizi non dàn luogo a punibilità, quando rimangono nei confini del conato (1).

(1) Art. 96, Cod. pen. modif. dal Decreto del 17 febbraio 1861. « Il tentativo di delitto è punibile nei soli casi in cui l'azione penale si esercita senza bisogno d'istanza privata e nei delitti contro la proprietà ».

FINE DEL PRIMO VOLUME.